كمال الدراية وجمع الرواية والدراية من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الخامس

السرقة، السير والجهاد، اللقيط، اللقطة،

الآبق، المفقود، الشركة، الوقف



دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتـب العلميـة - بيـروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

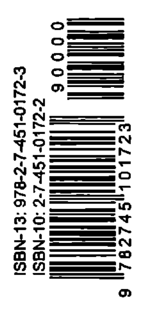
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠


ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كِتَابُ السَّرِقَةِ)

هِيَ أَخذُ مُكَلَّفٍ، خُفْيَةً، قدرَ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ، مَضْرُوبَةٍ، مِن حرزٍ لَا مِلكَ لَهُ فِيهِ، وَلَا شُبْهَةَ.

وَتثبتُ بِمَا يثبتُ بِهِ الشّرْبُ.

(كِتَابُ السَّرِقَة)

لما كانت صيانة الأموال مؤخرة عن صيانة النفوس والعقول والأعراض.. أخر الزاجر المتعلّق بها أيضاً.

وهي في اللّغة: أخذ الشيء في خفاء وحيلة.

قال في «المغرب»: سرق منه مالاً وسرقه مالاً سَرَقاً وسَرِقَةً إذا أخذه في خفاء وحيلة، ويسمّى الشيء المسروق: سرقة، مجازاً. انتهى.

أي: تسمية الشيء بالمصدر.

وهكذا في «المصباح»، وصرّح فيه أنه يتعدّى إلى المفعول الأول بنفسه ، وبالحرف. والراء في السَّرَقة: مفتوحة على ما صرّح به في الكتابين.

وأما في الشريعة: فلها معنيان:

أحدهما باعتبار الحرمة: وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية بغير حقّ، نصاباً كان المسروق أو لا، وزيد فيه على المعنى اللغوي: كونه بغير حقّ.

وثانيهما: باعتبار ما يتعلق بها حكم شرعيّ - أي: القطع - وهو ما ذكره المصنف بقوله: (**هي أخذ مكلّف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة من حرز لا ملك له فيه، ولا شبهة فتثبت بما يثبت به الشرب**)، زيد فيه على المعنى اللّغوي: قيود، سنبيّن فائدتها.

والمعنى اللغوي - أعني كونه خفية - معتبر فيه؛ **إما ابتداء وانتهاء معاً**؛ وذلك في سرقة النهار في المصر، **أو ابتداء فقط**؛ وهو في سرقة الليل، فلذا: إذا دخل البيت

ليلاً خفية، ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من في يده.. قطع به؛ للاكتفاء بالخفية الأولى؛ لأنه وقت لا يلحقه الفوت فيه فيكتفي بالخفية الأولى.

وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله.. لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية.

والقياس كذلك في الليل، لكن يقطع؛ إذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة؛ إذ قليلاً ما يخفى الدخول والأخذ بالكلية.

ثم الأخذ أعمّ من الحقيقي والحكمي:

فالحقيقي: هو أن يتولى السارق أخذ المتاع بنفسه.

والحكمي: أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل؛ فإن الكلّ يقطعون استحساناً. على ما سيأتي.

قيّد بكونه مكلّفاً - أي: عاقلاً بالغاً - احترازاً عن أخذ الصبي والمجنون؛ إذ لا قطع في أخذها؛ لأن القطع عقوبة، وهما ليس من أهل العقوبة، فصارا مخصوصين من آية السرقة، ولكنهما يضمنان المال؛ لأنهما من أهل الضمان.

وإن كان يجن ويفيق؛ فإن سرق في حال جنونه.. لم يقطع، وإن في حال الإفاقة.. قطع [٦٤٧/أ].

ولو سرق جماعة فيهم صبيّ أو مجنون.. يدرأ عنهم القطع. على ما في «البدائع».

وفيه أيضاً: إن المكلّف أعمّ من الذكر والأنثى، والحرّ والعبد، والمسلم والكافر.

وخرج بقيد الخفية: ما أخذه جهراً مغالبة أو نهباً في الابتداء أو في الانتهاء إن كان أخذه جهراً في النهار، أو في الابتداء والانتهاء معاً إن كان أخذه في الليل؛ بناء على ما ذكرناه: من أن الخفية معتبرة في النهار ابتداء وانتهاء، وفي الليل معتبرة في الابتداء فقط.

وهل المعتبر كون الخفية على زعم السارق، أو على زعم المسروق، أو على زعمها؟!

ففيه تفصيل:

ففي «البحر»: لو كان السّارق يعلم أن صاحب الدار يعلم بدخوله وعلم به صاحب الدار أيضاً.. فلا قطع حينئذ؛ إذ لا خفية فيه أصلاً.

أو لم يعلما.. فيقطع اتفاقاً.

أو كان صاحب الدار يعلم بدخوله والسارق لا يعلم أنه يعلم.. فإنه يقطع اكتفاء بكونها خفية في زعم السارق.

وإن كان على عكسه؛ بأن زعم اللّص بأن صاحب الدار علم به، وصاحب الدار لا يعلم؛ ففي «الزيلعي»: أنه لا يقطع؛ لأنه جهر، وفي «الخلاصة» و«المحيط» و«فتح القدير»: أنه يقطع؛ اكتفاء بكونها خفية في زعم أحدهما أيّهما كان.

واحترز بقدر عشرة دراهم: عن سرقة ما دونها؛ إذ لا قطع فيما دونها وإن كان حراماً.

واعلم: أنهم اختلفوا في أنه هل يقطع بكلّ مقدار من المال أو لا بدّ من مقدار معيّن لا يقطع في أقلّ منه؟

فقال بالأوّل: الحسن البصري وداود والخوارج؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾.. الآية، ولقوله ﷺ: «لعن الله السّارق يسرق الحبل فتقطع يده، ويسرق البيضة فتقطع يده» متفق عليه.

ومَن سِوى هؤلاء من فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار: على أنه لا قطع إلّا بمال مقدّر؛ لقوله ﷺ: «لا قطع إلّا في ربع دينار فصاعداً» متفق عليه أيضاً، فلزم تأويل أحد الحديثين:

فالجمهور: أوّلوا الحبل فيما رواه الفرقة الأولى: بالذي يبلغ قيمته عشرة دراهم، وأولوا البيضة: بالتي كانت من الحديد، وقالوا أيضاً: يجوز أن يكون الحديث الأول منسوخاً بالثاني، وذلك لأنه وإن لم يعلم تاريخهما لكن القول بكون الأول منسوخاً بالثاني متعيّن عند التعارض في باب الحدود؛ احتيالاً للدرء ما أمكن، وقد نقل إجماع الصحابة على ذلك، وبه يتقيد إطلاق الآية.

ثم اختلف الشارطون بمقدار معين في تعيينه؛ فذهب [٦٤٧/ب] أصحابنا إلى أنه عشرة دراهم.

وذهب الشافعي: إلى أنه ربع دينار.

وذهب مالك وأحمد: إلى أنه ثلاثة دراهم؛ لما أخرج الشيخان من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجنٍّ قيمته ثلاثة دراهم، يعني: إن القطع في عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن، وأقلّ ما نقل في تقديره: ثلاثة دراهم، والأخذ بالأقلّ: أولى؛ لتيقّنه، غير أن الشافعي يقول: كانت قيمة الدينار في عهد رسول الله اثني عشر درهماً، والثلاثة: ربعها.. فكان المراد بربع الدينار في الحديث السّابق من سند الجمهور: هو ثلاثة دراهم.

قلنا: قد وقع الاختلاف في ثمن المجن؛ أهو ثلاثة أو عشرة أو دينار؟! فأخذ بالعشرة احتيالاً لدرء الحدّ، وهو الأحوط في باب الحدود.

وقد روي مرفوعاً موصولاً: «لا تقطع اليد في أقل من عشرة».

ثم المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها: ما يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل؛ كما في الزكاة، ولا بد أن تكون جياداً على ما يدل عليه إطلاق لفظ الدراهم فيما روينا؛ لأنها المعهودة.. فيصرف الإطلاق إليها، حتى لو سرق زيوفاً أو بهرجة أو ستوقة.. لا يقطع، إلا أن تكون كثيرة تبلغ قيمتها نصاباً من الجياد؛ أعني: عشرة.

واحترز بالمضروبة: عمّا إذا سرق تبراً وزن عشرة دراهم مضروبة.. لا يقطع فيه على الصحيح.

بخلاف المهر؛ فإنه يصلح للمهر.

والفرق بينهما: أن الحدّ يدرأ بالشبهة فيتعلق بالكامل، والمهر يثبت مع الشبهة.

واشتراط هذا القيد مستفاد من الأحاديث المروية في الباب؛ لأنا ما روينا في هذا الباب إلّا بلفظ الدراهم، والدّراهم لا تكون إلا مضروبة، فيكون ذكر «مضروبة» بعد ذكر «الدراهم» تأكيداً له.

ثم في كلامه إشارة إلى ما ذكروا: من أنّ نصاب القطع مقدّر بالدراهم، وغير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم ولو ذهباً، حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم.. لا يقطع، ولو سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم.. يقطع.

ثم قيمة النصاب تعتبر يوم السرقة ويوم القطع، حتى لو كانت قيمة المسروق عشرة يوم السرقة فانتقص بعد ذلك.. لا يقطع، إلّا إن كان نقصان القيمة لنقصان عين المسروق بفوات بعض أجزائه أو بسبب عيب لحقه عند المسروق، وأما لو كان نقصانه لنقصان السّعر.. فلا قطع في ظاهر الرواية.

فعلى هذا: إذا سرق في بلد ما كان قيمته فيها عشرة، فأخذه صاحبه في بلد أخرى [٦٤٨/أ] وقيمته فيها أقل.. لا يقطع.

وقال الطحاوي: تعتبر قيمة النّصاب وقت الإخراج من الحرز فقط.

وعلى القولين.. فهل يقوم بأعزّ النقود أو بنقد البلد الذي يروج بين النّاس في الغالب؟

ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنّه يقوّم بأعزّ النقود؛ احتيالاً للدرء ما أمكن.

وفي رواية أبي يوسف عنه: أنه يقومّ بنقد البلد.

ولا بدّ أيضاً من تقويم رجلين عدلين لهما معرفة بأمر القيمة؛ احتيالاً للدرء، حتى لا تقطع عند اختلاف المقومين.

ثم المعتبر: كون النصاب في حق السارق لا المسروق منه، حتى لو سرق واحد نصاباً من جماعة.. يقطع لأخذه نصاباً، ولو سرق اثنان نصاباً من واحد.. لا يقطع واحد منهما؛ لعدم إصابة النصاب لكلّ منهما.

ثم لا بدّ أن يكون الحرز واحداً، حتى لو سرق نصاباً من منزلين مختلفين.. لا قطع، والبيوت من دار واحدة: بمنزلة بيت واحد.

حتى لو سرق من عشرة أنفس في دار كل واحد منهم في بيت على حدة من تلك الدار عشرة دراهم من كلّ واحد منهم درهما.. قطع.

بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة وفيها حرز، على ما في «البحر» عن «البدائع»، وسيأتي في فصل الحرز.

ولا بدّ أن يكون المسروق ملكاً للغير، حتى لا قطع في حصير المسجد وأستار الكعبة وإن كانت محرزة.

ولا بدّ أيضاً من انتفاء شبهة الملك - على ما سيأتي بيانه - ومن انتفاء شبهة التّأويل أيضاً، حتى لو سرق من السارق.. لا يقطع. على ما في «فتح القدير».

ولا بدّ أن يكون السارق ليس بأخرس ولا بأعمى؛ لاحتمال أنه لو نطق.. ادّعى شبهة، والأعمى جاهل بمال غيره.

ولا بدّ أن تكون السرقة في دار العدل، حتى لا قطع في السرقة في دار الحرب.

ولا بدّ من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ عليه، ذكر في «التجنيس»: سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدودة.. لا يقطع، وإذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه دراهم مصرورة.. لا يقطع، قال: وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء

فَإِن سرقَ مُكَلَّفٌ حرٌّ أَو عبدٌ ذَلِكَ الْقدرَ مُحرَزاً بمَكَانٍ أَو حَافظٍ، وَأقرَّ بهَا، ....

للدراهم عادة؛ فإن كان.. يقطع؛ لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم، ألا ترى أنه لو سرق كيساً فيه دراهم كثيرة.. يقطع وإن كان الكيس يساوي درهما واحداً؟!

(**فإن سرق مكلّف حر أو عبد**)؛ لعدم الفصل بينهما في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَـعُوٓا﴾... الآية.

ولأن التنصيف متعذّر، فيتكامل صيانة لأموال الناس، ويستوي الذكر والأنثى؛ لما ذكرناه أيضاً.

(**ذلك القدر**) أي عشرة دراهم حال كون [٦٤٨/ب] ذلك القدر (**محرزاً بمكان**)؛ كالدور والبيوت والحوانيت والخيم والصناديق.

(**أو حافظ**) في الصحراء، أو في المسجد، أو في الطريق؛ سواء كان قائماً عليه أو مستيقظاً، وسواء كان المتاع عنده أو تحته، على ما في «شرح المختار».

(**وأقر بها**) مرة واحدة عندهما، ومرتين في مجلس واحد عند أبي يوسف.

وعنه: في مجلسين مختلفين اعتباراً بالشاهد.

ولهما: أنّ السرقة تظهر بشهادة شاهدين، وكلّ ما هو كذلك.. يظهر بالإقرار مرّة واحدة كالقصاص وحدّ القذف، فلا حاجة إلى الزيادة، ولا اعتبار بالشهادة؛ لأن الزيادة تفيد في الشهادة تقليل تهمة الكذب، ولا تفيد في الإقرار شيئاً؛ لأنه لا تهمة فيه.. فكان القياس مع الفارق.

فإن قيل: يجوز اشتراط تكرار الإقرار لقطع احتمال الرجوع؛ كما في الزنا.

أجيب: بأن لو أقرّ مراراً كثيرة، ثم رجع.. صح رجوعه في حق الحد؛ لأنه لا مكذب له فيه، بخلاف الرجوع في حق المال؛ فإن له فيه مكذّباً، وهو صاحب المال.. فلا يصحّ، فيظهر: أنه لا فائدة في تكرار الإقرار لا في حق القطع، ولا في

أَو شهدا عَلَيْهِ وسألهُمَا الإِمَامُ عَنِ السّرقَةِ: مَا هِيَ، وَكَيف هِيَ، وَأَيْنَ هِيَ، وَكم هِيَ، وَمِمَّنْ سَرَقَ؟..

حق إسقاط ضمان المال بالإقرار، واشتراط الزيادة في الزنا، على خلاف القياس.. فيقتصر على مورده.

والمراد بالإقرار: ما كان طوعاً لا كرهاً؛ لما في «البحر» نقلاً عن «الظهيرية»: إذا أقر بالسرقة مكرهاً.. فإقراره باطل، ومن المتأخرين: من أفتى بصحته.

(**أو شهدا عليه وسألهما**)؛ أي: الشاهدين (**الإمام**) - والقاضي كالإمام في ذلك - (**عن السرقة ما هي؟**)؛ أي: عن ماهيّتها؛ لجواز أن يكون المأخوذ شيئاً تافهاً، ولا قطع فيه. كذا في «العناية».

ثم استشكل بأن ماهية السرقة لا يذكرها إلّا آحاد الفقهاء الكثيرة القيود المعتبرة فيها على ما مر، فيحتاج عند السؤال عنها إلى كون حضور الفقهاء شرطاً لظهورها، وفي ذلك سدّ باب القطع.

أقول: لو كان السؤال عن ماهيتها لاحتمال أن لا يفرق بين الغصب والسرقة أو لإطلاقها على استراق السمع أيضاً.. لا تدفع الإشكال المذكور.

(**وكيف هي؟**)؛ لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع، ولا قطع فيه.

(**وأين هي؟**)؛ لجواز أنه سرق من غير الحرز، أو في دار الحرب، أو دار البغي.

(**وكم هي؟**)؛ لجواز أن تكون أقلّ من النصاب.

(**وممن سرق؟**)؛ لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه، أو أحد الزوجين، والكلّ زيادة الاحتياط في احتيال الدرء، ولم يذكر السؤال عن زمانها.

ولا بد منه فيما ثبت بالبينة؛ لاحتمال [٦٤٩/أ] التقادم المانع عن القطع؛ لردّ شهادتهم بالتقادم، بخلاف ما ثبت بالإقرار؛ فإنه لا يسأل المقر فيه عن الزمان؛ لأن التّقادم لا يبطل الإقرار، وإنما يبطل الشهادة، وينبغي أن لا ترد الشهادة بالتقادم كالإقرار؛ لأن الدعوى شرط في السّرقة، فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم فيه

فسق ولا تهمة حتى ترد شهادته، كما لا ترد في حدّ القذف بالتّقادم؛ لأنه حقّ العبد فتتوقف على الدّعوى كغيره من حقوق العباد، فلم تبطل بالتقادم.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أنّ الشهادة بالسرقة فيها أمران: الحدّ والمال، فما يرجع إلى الحدّ.. لا يشترط فيه الدّعوى؛ لأنه خالص حق الله تعالى، وما يرجع إلى المال.. يشترط فيه الدعوى، والشهادة بالسّرقة لا تخلص لأحدهما، بل لا تنفك عن الأمرين، فاشترطت الدّعوى للزوم المال لا للزوم الحدّ؛ فإذا لم يشترط الدعوى للحد.. لم تتوقف الشهادة للحدّ على الدعوى؛ فإذا لم تتوقف على الدّعوى.. ترد بالتقادم للتهمة، ولا تقطع ويثبت بها المال.

ويدلّ على تحقق الأمرين في الشهادة بالسرقة: أنه إذا شهدوا بها على إنسان والمدعي - وهو صاحب المال - غائب.. يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي؛ لما فيه من حقوق الله تعالى.

وفي القذف: لا يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدّعي؛ لكونه حقاً للعبد كما في سائر حقوق العباد الخالصة، وإنما لا تقطع قبل حضور المدّعي؛ لاحتمال أن يكون سرق ملكه الّذي كان عنده أو ملكه إيّاه.. فلا بدّ من تضمن الشهادة بالسّرقة الشهادة بملك المسروق منه، والشهادة بالملك لإنسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له ودعواه؛ فإذا أخر.. رددناه في حق الحدّ لا في حق المال، بل ألزمناه المال.

وثانيهما: أن بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله تعالى.. فأقيم التقادم في حقوق الله تعالى مقام التهمة، فلا ينظر بعد ذلك إلى وجود التهمة وعدمها؛ كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة.. أدير الحكم على السفر، فلم يلاحظ بعد وجود السفر وجود المشقة وعدمها، فترد بالتقادم.

واعترض على هذا الوجه: بأنّ ردّ الشهادة بالتقادم ليس إلّا للتهمة - ومحلّ التهمة ظاهر يعرفه كلّ أحد، فلا يحتاج إلى إناطته بمجرد كونه حقاً لله تعالى؛ كما في الوجه المذكور من الإناطة بكونه حقّاً لله تعالى ليس بوجيه، وكذا ما ذكر فيه من القياس على السفر - ليس بصحيح؛ لوجود الفارق [٦٤٩/ب]؛ لأن المشقة أمر غير منضبط، ولا يعرفه كلّ أحد، فلا يمكن إناطة الرخصة به فيناط بما هو منضبط يعرفه كلّ أحد وهو السّفر.

فإن قيل: كيف يصح قوله: «أن ردّ الشهادة بالتّقادم ليس إلّا للتهمة» مع تصريحهم فيما لو علم المدّعي بالسّرقة ولم يدع إلّا بعد حين فشهدوا.. لا يقطع، بل يضمن السارق المال؛ لردّ شهادتهم بالتقادم في حق الحدّ دون حقّ المال، مع أنّه لا تهمة في تأخيرهم؛ لأنهم ما أخّروها إلّا لعدم الدّعوى؟

فالجواب: أنّ الحصر المذكور ليس بحقيقي، بل إضافي؛ أي: بالنسبة إلى ما يوجد فيه التهمة فقط، لا بالنسبة إلى ما لم يوجد فيه التهمة كما في هذه الصّورة، بل الرد في هذه الصّورة يضاف إلى تأخير المدّعي لا إلى التهمة في الشاهد، على ما صرّح به في «فتح القدير» نقلاً عن «قاضي خان»؛ حيث قال: إنما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود؛ لأن الدعوى شرط القبول، بل لخلل في الدعوى؛ فإن صاحب المال كان مخيّراً في الابتداء؛ فإذا أخّر.. فقد اختار الستر، فلم يبق له حق دعوى السرقة والحدّ، بل بقي له حق دعوى المال فقط، فيقضي بالمال دون القطع؛ كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة.. يقضي بالمال دون القطع. انتهى.

ثم قال: يجعل هذا الاعتبار - أي: إضافة الرد إلى المدّعي - فيما إذا كان تأخير الشهود الشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة؛ أما لو أخّروا لا لتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه؛ بإعلامهم أو بغيره، ثم شهدوا.. فترد شهادتهم للفسق والتهمة.

والحاصل: أن تأخيرهم الشهادة:

وبيَّناها.. قَطَعَ.

إما لتأخير المدعي الدّعوى بعد علمه بالسرقة وبعلمهم بعلمه.

أو لتأخير المدعي بلا علمه.

أو لتأخير المدّعي مع علمه ولكنّهم لم يعلموا بعلم المدّعي بها.

أو بدون تأخير المدعي الدعوى، بل هو يدّعي السرقة ولم يشهدوا، بل أخّروا، ثم شهدوا في وقت آخر.

ففي الصورة الأولى: ردّ شهادتهم يضاف إلى المدّعي كما قال في «قاضي خان».

وفي الثلاثة الباقية: يضاف إلى التهمة والفسق.

وههنا بحث: وهو أن إضافة الرد إلى الفسق والتهمة يقتضي أن لا تقبل شهادتهم في حقّ المال كما لا تقبل في حق القطع، لكنهم قالوا: إنها تقبل في حق المال، ولا تقبل في حق القطع مطلقاً؛ أي: سواء كان الرد لفسقهم بسبب تأخيرهم أو بتأخير المدعي مع علمه بالسرقة، هذا كلّه في سؤال الشاهد.

وأما المقر.. فلا يسأل عن الزمان، على ما ذكرناه آنفاً، وهل يسأل عن المكان؟

ففي «فتح القدير»: ولا يسأل المقر عن المكان، لكن يسأله عن [٦٥٠/أ] باقي الشروط من الحرز وغيره (**وبيناها**)؛ أي: الأمور المذكورة.

(.. **قطع**) لما تلوناه ورويناه، وهل يجوز قتله سياسة؟

فقال في «الدرر» نقلاً عن «المنية»: إنه يجوز، وقد ذكرناه في باب الوطء الّذي يوجب الحدّ والذي لا يوجبه.

قال في «فتح القدير»: وإذا بيّنوا ذلك على وجه.. لا يسقط الحدّ؛ فإن كان القاضي عرف الشهود بالعدالة.. قطعه، وإن لم يكن يعرف حالهم.. حبس المشهود عليه حتى يعدلوا؛ لأنه صار متّهماً بالسرقة، والتوثق بالتكفيل ممتنع؛ لأنه لا كفالة في الحدود، ثم قال: وهنا نظر؛ وهو: أنّ إعطاء الكفيل لنفسه جائز.

وَإِن كَانُوا جمعاً وَأَصَابَ كلّاً مِنْهُم قدرُ نِصَابٍ.. قُطِعُوا وَإِن تولَّى الْأَخْذَ بَعضُهم.

وَيُقطَعُ بِسَرِقَةِ السَّاجِ والأَبَنُوسِ، والصَّندلِ، والفُصوصِ الْخُضرِ، والياقوتِ، والزَّبرجَدِ، والإِناءِ وَالْبَابِ المتَّخذَينِ مِنَ الْخشبِ، ....

وعلى قول أبي يوسف: يجوز.

(**وإن كانوا**)؛ أي: السارق (**جمعاً**) أي جماعة (**وأصاب كلّاً منهم قدر نصاب**)، أي: السّرقة (.. **قطعوا وإن**) - وصلية - (**تولى الأخذ بعضهم**)؛ لاشتراكهم في العلّة؛ لأن المعتاد بين السّراق أن يتولى بعضهم الأخذ ويستعد الباقون للدفع، فلو امتنع الحدّ بمثله.. لامتنع القطع في أكثر السراق، فيؤدّي إلى فتح باب الفساد، فيجري عليهم الحد جميعاً استحساناً سدّاً لبابه، سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره، أو خرج هو بعدهم في فورهم؛ لأن بذلك يحصل التعاون.

ثم شرع في بيان ما يقطع فيه وما لا يقطع فيه، فقال: (**ويقطع بسرقة الساج والأبنوس والصندل، والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد**)؛ لأن الثلاثة الأول أموال محرّزة؛ لكونها عزيزة عند الناس لا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام، والثلاثة الباقية من أعزّ أموالهم، ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصار كالذهب والفضة، وفيها القطع.. فكذلك في هذه الأشياء.

وإنما قيّد بدار الإسلام؛ لأن الأموال كلّها حتى الذهب والفضة باقية على الإباحة الأصلية في دار الحرب، فلا تكون شبهة في سقوط القطع.

وروي عن محمد في الأبنوس عدم القطع، والظاهر هو القطع لما ذكرناه.

وعنه أيضاً: أنه لا قطع في العاج ما لم يعمل؛ فإذا عمل منه شيء.. قطع فيه.

(**والإناء والباب المتخذين من الخشب**)؛ لأن الصنعة فيها غلبت على الأصل، والتحقت بالصنعة إلى الأموال النفيسة.

لَا بِسَرِقَةِ شَيْءٍ تافهٍ يُوجدُ مُبَاحاً فِي دَارِنَا؛ كخشبٍ، وحشيشٍ، وقصبٍ، وسمكٍ، وطيرٍ، وزِرنيخٍ، ومُغرَةٍ، ونُورةٍ.

ولا يقطع في الزجاج؛ لأن المكسور منه تافه، والمصنوع يتسارع إليه الفساد، وقيل: يقطع؛ لأنه مال في المصنوع.

وقال محمد: لو سرق جلود السّباع المذبوحة وقيمتها مائة.. لا يقطع [٦٥٠/ب]، ولو جعلت مصلّاة أو بساطاً.. يقطع.

ويقطع في العود والمسك والأدهان والورس والزعفران والعنبر؛ لكونها مالاً محرزة.

(**لا بسرقة شيء تافه**)؛ أي: الحقير بعدما (**يوجد مباحاً في دارنا**) إنما قيّد بدارنا؛ لما ذكرناه آنفاً: من أنّ الأموال كلّها باقية على الإباحة الأصلية في دار الحرب، فلا تكون شبهة في سقوط القطع؛ (**كخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وزرنيخ ومغرة**) بالفتحات الثلاث: الطين الأحمر، وسكون العين لغة فيه. (**ونورة**) والأصل فيها: ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن عائشة رضي الله عنها قال: قالت: «كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافة» وزاد في «مسنده»: «ولم تقطع في أدنى من ثمن ترس»، وهذه الأشياء مما يتناوله هذا؛ لأن ما يوجد جنسه مباحاً في صورته الأصلية بأن لم يحدث فيه صنعة متقوّمة وكان غير مرغوب فيه.. فهو حقير تقلّ الرغبات فيه، والطباع لا تبخل به، فقلما يوجد أخذه على كره من المالك.. فلا حاجة إلى الشرع الزاجر.

ولهذا: لا يجب القطع بسرقة ما دون النصاب، ولأن الحرز في هذه الأشياء ناقص؛ لأن الخشب تلقى على الأبواب، وإنما يدخل في الدار للعمادة لا للإحراز، والطير من شأنه الطيران، والسمك من شأنه أن يفرّ، وبذلك تقل الرغبات فيه.

بخلاف السّاج والأبنوس والصندل من أنواع الخشب؛ لأنها محرزة على ما مر.

وَلَا بِمَا يُسْرِعُ فَسَادُهُ كلبنٍ، ولحمٍ، وَفَاكِهَةٍ رطبَةٍ، وبِطِّيخٍ، ....

وأما الزرنيخ: فقال بعضهم: ينبغي أن يقطع به؛ لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال. كذا في «فتح القدير».

وينبغي أن يجري هذا الخلاف في المغرة والنورة أيضاً لما ذكر بعينه.

وكذا الشركة العامة في هذه الأشياء المفهومة من قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: الكلأ والماء والنار»، ومن قوله ﷺ: «الصيد لمن أخذه» نورث الشبهة الدارئة.

ويدخل في السمك: المالح والطري، وفي الطير: الدجاج والبط والحمام؛ لإطلاق قوله ﷺ: «لا قطع في الطير».

وقال الشافعي - وهو رواية عن أبي يوسف -: يقطع في كلّ شيء إلا التراب والطين والسرقين؛ لأنه سرق مالاً متقوماً من حرز لا شبهة فيه.

والحجة عليه: ما رويناه وما ذكرناه.

فإن قيل: إن كلًّا مما روي وممّا ذكر تقييد لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ﴾، وتقييد مطلقات الكتاب نسخ، فلا يجوز بخبر الواحد، ولا بالرأي.

قلنا: إن إطلاقه قد خص أولاً بقاطع، فيجوز تخصيصه بعده [٦٥١/أ] بظني.

(**ولا بما يسرع فساده؛ كلبن ولحم وفاكهة رطبة وبطيخ**)؛ لما رواه أبو داود في «مراسيله»: عن جرير بن حازم عن الحسن البصري: أن النبي ﷺ قال: «إنّي لا أقطع في الطّعام» ذكروه ولم يعللوه بغير الإرسال، والإرسال ليس بعلّة عندنا، بل يصحّ الاحتجاج بالمراسيل، فيجب العمل بموجبه.. فحينئذٍ يجب اعتباره في غير محلّ الإجماع دفعاً للتعارض.

ولما كان الإجماع على أنه يقطع في الحنطة والسكر والعسل لكونها أموالاً محرزة.. يجب اعتبار ما روينا فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والثمار الرّطبة مطلقاً في الجرين وغيره.

وفي «فتح القدير»: جعل الخبز مما يتسارع إليه الفساد كاللحم، نقله عن «الإيضاح» و«شرح الطحاوي».

ثم لا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحاً قديداً أو غيره، وهذا لأن القديد يتوهم منه الفساد.

والمراد بتسارع الفساد: عدم بقائه من حول إلى حول، على ما صرّح به في «البحر» عن الإسبيجابي قال: لا بدّ أن يكون المسروق يبقى من حول إلى حول؛ فإذا سرق شيئاً لا يبقى من حول إلى حول.. لا يجب القطع. انتهى.

ثم القطع في الحنطة وغيرها من الطعام: إنّما يكون إجماعاً في غير سنة القحط؛ أما فيها.. فلا قطع فيها مطلقاً؛ لأنه من ضرورة، وهي تبيح التناول، وعنه ﷺ: «لا قطع في مجاعة مضطر».

وهل يقطع في الخلّ؟

ففي «التبيين»: يقطع بالإجماع كما في العسل.

وفي «فتح القدير»: نقل الناطفي من «المجرد» قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل؛ لأنه قد صار خمراً مرّة، فدعوى الإجماع في القطع ليس بسديد.

وفي «نوادر أبي سلمان»: لا قطع في الرُّبِّ والجلاب.

ولنا في الفواكه: ما رواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي عن سفيان بن عيينة، كلاهما عن يحيى بن سعد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمّه واسع: أن غلاماً سرق وديّاً من حائط، فرفع على مروان فأمر بقطعه، فقال رافع بن خديج: قال النبي ﷺ: «لا قطع في ثمر، ولا كَثَرٍ».

قال في «المغرب»: الودي: غصن يخرج من النخل، ثم يقطع منه فيغرس، وهو المراد بما في «العناية»: والودي: صغار النخل.

وَكَذَا ثَمَرٌ على الشّجرِ، وَزرعٌ لم يُحصَدْ.

وقال في «المصباح»: الكَثَرُ بفتحتين: الجمَّار، ويقال: الطلع، وسكون الثاء لغة. انتهى.

والمراد بالجمّار: شحم النخل، وهو شيء أبيض يقطع من رأس النخل ويؤكل. كذا في «العناية».

وقال في «المغرب»: ومنه الجمار لرأسِ النخلة: وهو شيء أبيض ليّن الأثر، هم يسمّونه كثراً لذلك، ومن قال: الجمار: الودي وهو [٦٥١/ب] التافه من النخل.. فقد أخطأ. انتهى.

قلت: والذي ظهر من الحديث المذكور: المراد بالكثر: هو الودي، وإذا كان المراد بالكثر هو الجمار.. يصحّ أن يفسّر الجمار بالودي أيضاً، هذا كلّه عندنا.

وقال الشافعي وأبو يوسف في رواية: يقطع فيما ذكر كلّه من اللبن واللّحم والفواكه الرّطبة والطعام؛ مستدلاً بقوله ﷺ: «لا قطع في ثمر ولا كثر، وإذا آواه الجرين أو الجران.. قطع».

قلنا: أخرجه عن وفق العادة، والذي يؤويه الجرين في عادتهم: هو اليابس من الثمار، وفيه القطع عندنا.

الجرين: المربد، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف. على ما في «المغرب».

والجران: مقدّم عنق البعير من مذبحه إلى منحره. على ما في «المصباح»، ثم سمّي مجازاً الجران المتخذ منه للمناسبة بينهما، فكان المراد: أحد الطرفين؛ فكأنه قال: يؤويه المربد أو الجراب؛ فإنه عند ذلك ينقل ويدخل في الحرز.. ففيه القطع، وإلّا.. فنفس الجرين، والجران: ليس بحرز، إلا أن يكون له حارس مترصد.

(**وكذا ثمر على شجر**)؛ لإطلاق ما رويناه ولعدم الحرز فيه.

(**وزرع لم يحصد**)؛ لعدم الحرز فيه.

وَلَا بِمَا يتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارَ؛ كأشربةٍ مُطربةٍ، وآلاتِ لَهوٍ؛ كدُفٍّ، وطبلٍ، وبَربَطٍ، ومِزمارٍ، وطُنبورٍ، وصليبِ ذهبٍ أَو فضَّةٍ، وشِطرنجٍ، ونردٍ.

وَلَا بِسَرِقَةِ بَابِ مَسْجِدٍ، وَكُتُبِ علمٍ، ومُصحفٍ، وَصبيٍّ حُرٍّ وَلَو عَلَيْهِمَا حِليَةٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(**ولا بما يتأول فيه الإنكار؛ كأشربة مطربة**)؛ أي: مسكرة، قال في «المصباح»: الطرب: خفة تصيب الإنسان لشدّة حزن أو سرور، والعامّة تخصّه بالسرور. انتهى.

وفسّروا في أصول الفقه: بأنه غلبة سرور في العقل، فالتقيا في معنى السرور، فصح تفسيره بالسكر.

(**وآلات لهو؛ كدفّ وطبل وبربط ومزمار وطنبور، وصليب ذهب أو فضّة، وشطرنج ونرد**)؛ لأن من أخذها يتأوّل الكسر نهياً عن المنكر، فيورث الشبهة في درء الحد، بخلاف الدراهم التي عليها التمثال؛ لأنه ما أعدّ للعبادة.. فلا تثبت شبهة إباحة الكسر.

وعن أبي يوسف: إن كان الصليب في البيت.. يقطع؛ لكمال الماليّة والحرز، وإن كان في معبدهم.. لا يقطع؛ لعدم الحرز.

والمراد بالطبل: طبل اللهو، وأما طبل الغزاة.. ففيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: يجب فيه القطع.

(**ولا بسرقة باب مسجد**)؛ لعدم الحرز والتمول.

(**وكتب علم ومصحف وصبي حرّ، ولو عليهما حلية، خلافاً لأبي يوسف**).

وقال الشافعي ومالك - في الكتب والمصحف، وهي رواية عن أبي يوسف -: يقطع لو كان عليهما حلية؛ لأنه مال متقوم محرز، حتى يجوز بيعه وشراؤه.

وعن أبي يوسف: أنه يقطع إذا بلغت حليته نصاباً؛ لأنها ليست من الكتب والمصحف، فتعتبر بانفرادها.

وفي رواية عنه: أنه مع أبي حنيفة ومحمّد أنه لا يقطع؛ لأن الآخذ يتأوّل في أخذه [٦٥٢/أ] القراءة والنظر فيه، ولأن الماليّة للتبع - وهي الحلية والأوراق - لا للمتبوع وهو المكتوب، وإحرازه لأجله لا لنفسه، ولا معتبر للتبع؛ كمن سرق آنية فيها خمر، وقيمة الآنية تزيد على النصاب.. لا يقطع.

وفي «فتح القدير» عن «المبسوط»: أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة، ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها.. لم أقطعه، وإن كان يعلم بها.. فعليه القطع.

وعن أبي يوسف: عليه القطع في الأحوال كلّها؛ لأن سرقته تمت في نصاب كامل.

ولكن نقول: السارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به، وإذا كان عالماً بالدّراهم.. فقصد أخذ الدراهم، بخلاف ما إذا لم يعلمها؛ فإنَّ قصده الثوب، وهو لا يساوي نصاباً.

فإن قيل: قد تقدّم في أوّل الكتاب نقلاً عن «التجنيس»: أنّه لو سرق ثوباً قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدودة أو دراهم مصرورة.. لا يقطع، إلا أن كان الثوب وعاء للدراهم عادة.. فإنه حينئذ يقطع؛ لأن القصد حينئذ يقع على سرقة الدراهم. انتهى.

فلم يفرق بين العلم وعدمه في عدم لزوم القطع، بل أناط القطع إلى كون الثوب وعاء لها.

قلنا: لا شك أن المناط: هو ظهور قصد المسروق؛ فإن ظهر أنه قصد سرقة النصاب من المال.. قطع، وإلّا.. لا، إلا أن قصده ذلك لا يكون إلا بالعلم، فلذا ردّ.

وفي «المبسوط»: بين العلم وعدمه، ولا يطلع على علمه ذلك إلّا بإقراره أو بأمر آخر ينتقل منه إلى علمه ذلك؛ ككون الثوب وعاء للدراهم عادة.

فما في «المبسوط» من الترديد بين العلم وعدمه يجوز أن يكون بناء على إقراره، وما في «التجنيس»: بناء على ما يدل على علمه من كونه وعاء عادة؛ فإن كونه وعاء عادة يدلّ على علمه ذلك، وعلمه ذلك يدلّ على قصده سرقة النصاب، حتى لا يقبل قوله: «لم أعلم ولم أقصد»، بخلاف ما إذا لم يوجد منه أحد الأمرين من الإقرار وكونه وعاء لها.. فإنه حينئذ يصدّق في قوله: «لم أعلم».

وهذا الخلاف جار في الصبي الحر أيضاً؛ والمراد: صبي لا يمشي ولا يتكلم ولا يميز، حتى لو كان يمشي ويتكلم ويميز.. لا يقطع إجماعاً؛ لأنه في يد نفسه، فكان أخذه خداعاً، ولا قطع في الخداع، فقال أبو حنيفة ومحمد: لا يقطع؛ لأن الصبي إذا كان على هذه الصفة.. يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه من الحلي، وإلا.. لأخذ ما عليه وتركه، وهو نفسه ليس بمال، والقطع لا يتعلق إلّا بالمال، فلا يقطع، وإن كان سرقة نفسه أعظم إثماً وعقوبة [٦٥٢/ب] من سرقة المال، لكن القطع الّذي هو العقوبة الدنيويّة لم يثبت عليه شرعاً.

وأما تأويله بأنه قصد بالأخذ إبلاغه إلى موضعه أو إسكاته.. فبعيد بعد تحقق السرقة منه، فلا يكون عذراً في سقوط الإثم عنه.

وقال أبو يوسف في رواية عنه: إنّه يقطع إذا كان عليه حليّ تساوي النصاب؛ لما ذكرناه في المصحف المحلّى.

وقال مالك والحسن والشعبي: يقطع بسرقة الصّبي غير المميز الحر؛ لأنه كالمال، والحجة عليهم ما بينّاه.

وعلى هذا الخلاف: إذا سرق إناء فضة فيه خمر أو ثريد أو غيرهما ممّا لا قطع فيه، أو سرق كلباً عليه قلادة فضّة.. يقطع على رواية أبي يوسف، وهو قول مالك والشافعي وأحمد لما مرّ.

وَعبدٍ كَبِيرٍ، ودفترٍ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ...

وقال أبو حنيفة ومحمّد: لا يقطع؛ لأن الإناء والقلادة تابع، وإذا لم يجب في المتبوع القطع.. لا يجب في التابع أيضاً.

قال «فتح القدير»: واعتقادي وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبيته وإن كان فيه ما كان؛ فإن تبعية الإناء باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ عليه، بل الظاهر: أن كلّاً منهما أصل مقصود بالأخذ، بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه؛ لأنه يتوصل بماليّته إلى أضعاف ما فيه، والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا باعتبار غيره، ولا ظاهر يفيده.

ومما يوافق ما ذكرناه: ما في «التجنيس» من علامة «العيون»: سرق كوزاً، وفيه عسل، وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم.. يقطع، وكذا إذا سرق حماراً يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهماً، بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوي عشرة؛ لأنه سرق ماء من وجه.

(و) لا بسرقة (**عبد كبير**)؛ لأنه غصب أو خداع لا سرقة؛ لأن الكبير في يد نفسه.

فسّر الكبير في «فتح القدير»: بالمميّز المعبّر عن نفسه، وقال: لا قطع فيه بالإجماع، إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجميّاً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة.. فحينئذٍ يقطع. ذكر الاستثناء ابن قدامة، ولم يذكر مشايخنا، بل نصّوا على أنه لا قطع في الآدمي الذي يعقل، سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجميّاً، وقالوا: هو ليس بسرقة، بل إما غصب أو خداع.

(**ودفتر**)؛ والمراد: دفتر الكتب لا دفتر الحساب؛ لأنه مال على ما سيأتي، ثم المراد به الكواغد، وإنما لا يقطع فيه؛ لأن المقصود: ما فيها، لا نفسها.

(**بخلاف**) العبد (**الصغير**)، فسّره في «فتح القدير»: الذي ليس يميّز، ولا يعبّر عن نفسه، وقال: يقطع فيه بالإجماع؛ لأنه مال متقوم، هكذا حكى الإجماع ابن

ودفترِ الْحسابِ.

المنذر [٦٥٣/أ]، مع أنّ أبا يوسف قال: أستحسن أن لا أقطعه؛ لأنه مال من وجه، آدمي من وجه، فصار كونه آدمياً شبهة في ماليته، فيندرئ بها الحدّ.

وهما: اعتبرا وجهه والمالية فيه؛ لوجود حدّ المال فيه، بل هو أعزّ الأموال، فصدق عليه حدّ السّرقة، وهو: أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه.. مع باقي الشروط.

وفي «الزيلعي»: لو كانت قيمة الصغير أقلّ من النصاب، وفي أذنه شيء مثله.. يقطع باعتبار الغنم.

(و) بخلاف **(دفتر الحساب)**؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، فكان المقصود هو الكواغد، فيقطع إن كانت قيمته نصاباً. كذا علّلوه.

وقال في «البحر»: والمراد بدفتر الحساب: دفاتر أهل الديون، وقولهم: «لأن المقصود هو الكواغد» يدلّ على أن المراد به: هو الذي مضى حسابه، وقد قيل به على ما ذكره الشمني في «شرح النقاية».

وأما الدفاتر التي في الديون المعمول بها.. فالمقصود: علم ما فيها، فلا قطع فيه وإن كان نصاباً، وقيد بالدفاتر؛ لأنه لو سرق الأوراق والجلد قبل الكتابة.. يقطع لو بلغت قيمته النصاب.

قال في «الهداية»: لا يقطع في الدفاتر كلّها إلّا في دفاتر الحساب.

وذكر في «فتح القدير»: يدخل في عموم قوله: «لا قطع في الدفاتر كلّها»: الكتب المشتملة على علم الشريعة؛ كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربيّة والشعر.

وقد اختلف في غيرهما؛ فقيل: ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها.

وقيل: بالشريعة؛ لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت.. كفت في إيراث الشبهة.

ومقتضى هذا: أن لا يختلف في القطع بكتب السّحر والفلسفة؛ لأنه لا يقصد ما

وَلَا بِسَرِقَةِ كلبٍ وفهدٍ.

وَلَا بخيانةٍ وَنهبٍ واختلاسٍ.

وَكَذَا نبشٍ، ....

فيها لأهل الديانة، فكانت سرقة صرفاً، ولأن عدم القطع بإلحاقها بالكتب الشرعية وليست إيّاها؛ إذ لا يتوقف معرفة الشريعة على ما فيها، بخلاف كتب الأدب والشعر، ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع... هذا كله عندنا.

وقال مالك والشافعي وأحمد: يقطع بالكلّ من كتب الشريعة وغيرها إن بلغت قيمته نصاباً؛ لأنها مال متقوم، والجواب يعرف مما ذكرناه.

(ولا بسرقة كلب وفهد)؛ أي: بالاتفاق بيننا وبين الأئمة الثلاث، خلافاً لأشهب من المالكية قال: عدم القطع في النهي عن اتخاذه؛ أما في المأذون في اتخاذه؛ ككلب الصيد والماشية.. فيقطع؛ لكونه مالاً.

قلنا: هو مباح الأصل، وبحسب [٦٥٣/ب] الأصل غير مرغوب فيه، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في ماليّة الكلب، فأورث شبهة فيها.. فيندرئ الحدّ بها.

(ولا بخيانة)، هو: أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدّعي ضياعه، أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية.

والوجه فيه: قصور الحرز؛ لأنه قد كان في يد الخائن وفي حرزه، لا في حرز المالك على الخصوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرز الملك لكون إحرازه بإعارته أو إيداعه عنده، لكنه حرز مأمون للسارق في دخوله.

(ونهب)؛ وهو: أن يأخذ علانية قهراً من ظاهر بلد أو قرية.

(واختلاس)؛ وهو: أن يأخذ من البيت بسرعة جهراً، والوجه فيهما: عدم ركن السرقة وهو الأخذ خفية، وقد روي مرفوعاً أنه: «لا قطع على مختلس، ولا منتهب، ولا خائن».

(وكذا نبش)؛ أي: لا قطع على النباش، وهو: الذي يسرق أكفان الميت بعد

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

الدفن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(خلافاً لأبي يوسف)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

لهم: ما أخرجه البيهقي: قال ﷺ: «من نبش.. قطعناه» وما أخبر به ابن المنذر عن ابن الزبير أنه قطع نباشاً، ولأنه مال منقوم محرز بحرز مثله، فيقطع فيه.

ولهما: قوله ﷺ: «لا قطع على المختفي» وهو النباش بلغة أهل المدينة.

وفي «الصحاح»: اختفيت الشيء: استخرجته، والمختفي: النباش؛ لأنه يستخرج الأكفان.

ولهما أيضاً: ما رواه ابن أبي شيبة، عن عيسى بن يونس، عن معمر، عن الزهري قال: أتي مروان بقوم يختفون - أي: ينبشون القبور - فضربهم ونفاهم ولم يقطعهم، والصحابة متوافرون.

وما رووه من حديث البيهقي منكر رفعه، وفي سنده من يجهل حاله؛ كبشر بن حازم وغيره، ولو سلم.. فهو محمول على السياسة.

وأما أثر ابن المنذر.. فقد صرّح البخاري في «تاريخه» ضعفه، ثم أعله بسهل ابن ذكوان المكي، قال عطاء: كنّا نتهمه بالكذب.

وقولهم: «مال محرز» ممنوع؛ لأن القبر حفرة في الصحراء مأذون للعامّة في المرور به ليلاً ونهاراً، ولا غلق فيه، ولا حارس متصدّ لحفظه، فكيف يكون محرزاً؟!

فإن قيل: لو لم يكن محرزاً.. لزم تضييع المال.

قلنا: ممنوع، وإنما يلزم التضييع لو لم يكن مصروفاً إلى حاجة الميّت، والصرف إلى الحاجة ليس تضييعاً؛ فلذا لا ضمان فيه، ولو سلّم أنه محرز ولكنه لا يخلو في حرزيته عن شبهة، وبها يندرئ الحدّ، وكذا لا يخلو في كونه مملوكاً عن شبهة؛ لأنه لا ملكٌ للميت حقيقة، ولا للوارث؛ لتقدم حاجة الميت [٦٥٤/أ] عليه، وقد تمكن الخلل أيضاً في مقصود الحدّ وهو الانزجار؛ لأن الجناية - وهو النبش -

وَلَا بِسَرِقَةِ مَالِ عَامَّةٍ، أَو مُشْتَرِكٍ، أَو مِثلِ دَينِهِ، أَو أَزِيدَ، ....

نادرة الوجود في نفسها، قلّما يميل إليه الطّبع.. فلا حاجة إلى شرع الزاجر فيه، وهذا في القبر الكائن في الصّحراء.

أما لو كان القبر في بيت مقفل.. ففيه اختلاف مشايخنا، قيل: يقطع به بلا خلاف؛ لوجود الحرز.

وقيل: إنه على الخلاف.

وصحّحه في «الهداية»، فقال بعضهم: لا يقطع وإن وجد الحرز؛ للموانع الأُخر من: نقصان المالية، وعدم المملوكية، والمقصود من شرعه.

وقال بعضهم: يقطع لوجود الحرز.

وكذا الخلاف إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت؛ لما ذكرناه من تحقق الخلل في المالية وما بعدها.

وفي «فتح القدير»: لو اعتاد لصّ ذلك.. للإمام أن يقطعه سياسةً لا حدّاً.

ثم المراد بالكفن الذي يقطع به على القول بالقطع: ما كان مشروعاً، فلا يقطع في الزائد على كفن السنة بالاتفاق، وكذا ما ترك معه من طيب أو ذهب وغيره؛ لأنه تضييع وسفه، فليس محرزاً، ثم الخصم في القطع عند القائل به: هو الوارث، وإن كفّنه أجنبيّ.. فهو الخصم؛ لأنه له، حتى لو أخرجه الذئب وطرحه من الميت.. فهو لذلك الأجنبي لا للوارث.

(**ولا بسرقة مال عامّة**)؛ أي: من بيت المال؛ لأن له حقّاً فيه، فأورث شبهة، وبه قال الشافعي وأحمد.

وقال مالك: يقطع، والحجة عليه: ما ذكرناه.

(**أو مشترك**) بين السّارق وبين المسروق منه؛ لمَا ذكرناه.

(**أو مثل دينه أو أزيد**) إذا كان له على آخر دراهم، فسرق منه مثل دينه أو أزيد.. لم يقطع؛ لأنه استيفاء حقّه في مقداره، وفي الزيادة يورث شبهة، والحال والمؤجل

حَالّاً كَانَ أَو مُؤَجَّلاً.

وَإِن كَانَ دينُهُ نَقْداً فَسرقَ عَرَضاً.. قُطِعَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن كَانَ دَنَانِيَر فَسرقَ دَرَاهِمَ، أَو بِالْعَكْسِ.. لَا يُقطَعُ.

وَقيل: يُقطَعُ.

في الدين سواء في عدم القطع استحساناً؛ ولذا قال: (**حالاً كان**) الدين (**أو مؤجلاً**).

والقياس: أن يقطع في المؤجل؛ لأنه سرق مالاً لا يباح له أخذه؛ كما لو سرق من خلاف جنس دينه.

ووجه الاستحسان: إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به.. يصير شبهة دارئة للحد.

ثم لا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلاً أو غير مماطل عندنا، خلافاً للشافعي قال: لا يقطع في المماطل، يقطع في غير المماطل.

(**وإن كان دينه نقداً فسرق عرضاً.. قطع**) عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف**). له: أنهم اختلفوا في جواز أخذه؛ فقال ابن أبي ليلى: إنه إن ظهر بخلاف جنس حقه.. كان له أخذه؛ لوجود [٦٥٤/ب] المجانسة في صفة الماليّة.

وقال بعضهم: له أن يأخذه رهناً لحقه، واختلاف العلماء يورث شبهة.

قلنا: هذا القول لا يستند إلى دليل ظاهر؛ إذ القياس: أن يأخذ جنس حقّه في الدّين الحال؛ لأن حقّه في الوصف في الحقيقة، وهذا عين، لكن تركناه فيه؛ لقلّة التّفاوت بينهما، ولا كذلك خلاف الجنس؛ لفحش التفاوت، فلا يترك القياس، ولا يعتبر بدون اتّصال الدّعوى به، حتى لو ادّعى أنه أخذه قضاء لحقه أو رهناً به.. درئ الحدّ عنه؛ لأن فِعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وإن كان هو مخطئاً في تأويله.

(**وإن كان**) دينه (**دنانير فسرق دراهم أو بالعكس.. لا يقطع**)؛ لأن النقود جنس واحد، قيل: وهو الأصحّ.

(**وقيل: يقطع**)؛ لأنه ليس له حقّ الأخذ.

وَلَا بِمَا قُطِعَ فِيهِ وَلم يتَغَيَّر، وَإِن كَانَ قد تغيَّرَ.. قُطِعَ ثَانِياً؛ كغزلٍ نُسِجَ.

(ولا بما قطع فيه ولم يتغير)؛ أي: سرق عيناً فقطع فيها فردّها، ثم عاد فسرقها والعين بحالها.. لم يقطع مرة أخرى، والقياس: أن يقطع أيضاً، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف؛ لقوله ﷺ: «فإن عاد.. فاقطعوه» - من غير فصل - أخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ولأن السرقة الثانية مثل الأولى في سببيّة القطع، بل أفحش؛ لأن العود بعد الزاجر أقبح.

ولنا: إن القطع أوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق؛ لقوله ﷺ: «لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه» وبالرد إلى المالك؛ إن عادت حقيقة العصمة.. بقيت شبهة السّقوط؛ نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام موجب السقوط، وهو القطع فيه.

بخلاف ما لو تبدّل الملك في ذلك؛ كما إذا باع المالك المسروق، ثم اشتراه منه، ثم سرقه من المالك أيضاً.. فإنه يقطع فيه؛ لعدم شبهة اتحاد الملك بالتبدل بالبيع.

وبخلاف ما إذا تبدل المحل في ذلك.. فإنه يقطع فيه أيضاً، وهو ما ذكره بقوله: (وإن كان قد تغيّر.. قطع ثانياً)؛ لأن العين قد تبدّل، ولهذا يملكه الغاصب به، وإذا تبدل المحل بالتغير.. انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحلّ، فوجب القطع ثانياً.

(كغزل) سرقه فقطع يمينه فرد إلى مالكه، ثم (نسج) مالكه، ثم سرقه ذلك السارق.. فإنه قطع ثانياً؛ لما ذكرناه .

*　　*　　*

(فَصْلٌ فِي الْحِرْزِ)

هُوَ قِسْمَانِ:

بمَكَان؛ كبيتٍ وَلَو بِلَا بَابٍ أَو بَابُهُ مَفْتُوحٌ، وكصندوقٍ.

وبحافظٍ: كمَن هُوَ عِنْدَ مَالِهِ وَلَو نَائِماً.

وَفِي الْحِرْزِ بِالْمَكَانِ.. لَا يعْتَبرُ الْحَافِظُ.

(فَصْلٌ في الحِرْزِ)

هو في اللغة: عبارة عن المكان الذي يحفظ فيه؛ يقال: أحرزت المتاع: جعلته في الحرز. كذا في «المصباح».

وفي «المغرب»: هو المكان الحصين، وقد يطلق على ما يقصد به حفظ الأموال.

وهو على نوعين:

أحدهما: حرز لمعنى فيه، وهو [٦٥٥/أ] إنّما يكون بالمكان المعدّ لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف ذلك باختلاف الأموال؛ كالدّور والبيت والصّندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر والخيمة.

والثاني: حرز بالحافظ، ولهذا قال: (**هو قسمان: بمكان؛ كبيت ولو بلا باب، أو بابه مفتوح، وكصندوق**) ونحوه ممّا ذكرناه.

(**وبحافظٍ كمن هو عند ماله ولو نائماً**)، سواء كان في الطريق أو في المسجد؛ لما روي أنّ رسول الله ﷺ قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد.

(**وفي الحرز بالمكان: لا يعتبر الحافظ**). وقيل: في الحرز بالمكان يعتبر الحافظ؛ لما ذكر في «العيون» أن على قول أبي حنيفة: يقطع السّارق من الحمام في وقت الإذن بالدخول فيه إذا كان ثمة حافظ.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يقطع؛ لعدم اعتبار الحافظ وهو الصحيح. على ما في «الهداية»، وعليه الفتوى.على ما في «الكافي».

وهذا لأن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان؛ لأنه يمنع وصول يد غير صاحب المال إلى ما فيه من المال، ويكون المال مختفياً به، مع قطع النظر عن وجود الحافظ؛ لأن المكان في نفسه صالح لذلك، فلا يعتبر وجود الحافظ معه؛ فلذا كان الأصحّ: أنّه إذا دخل الحمام في وقت الإذن بالدخول فيه وسرق منه ما عنده حافظ.. لا يقطع؛ لأن الحمام في نفسه صالح لحفظ الأموال، إلّا أنّه اختلّ الحرز للإذن بالدخول فيه، حتى لو سرق منه ليلاً.. يقطع بالاتفاق.

فإذا كان صالحاً للحرز في نفسه.. فلا يعتبر وجود الحافظ معاً حتّى يقطع باعتبار الحافظ.

بخلاف المسجد؛ لأنه غير صالح في نفسه للحرز؛ لأنه ما بنِيَ لإحراز المال، فيقطع السارق منه بما عنده حافظ، وقد صح أنه قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد.

والحاصل: أن كلّ واحد من الحرزين أصل لا يعتبر أحدهما بالآخر، بل ينفك كلّ منهما عن الآخر كما في هاتين المسألتين؛ فإنه تحقق في الحمام الحرز بالمكان بدون الحافظ، حتى لم يجب فيه القطع بالحافظ، وفي المسجد: تحقق الحرز بالحافظ بدون الحرز بالمكان حتى وجب فيه القطع بالحافظ.

ويتفرع على هذا الأصل أيضاً: أنه إذا سرق من البيت وإن لم يكن له باب أو له باب، ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده.. فإنه يقطع؛ لتحقق الحرز بالمكان وإن لم يوجد الحرز بالحافظ.

ومن هنا: ظهر ضعف ما في «فتح القدير»: من أن الحرز بالحافظ فرع الحرز [٦٥٥/ب] بالمكان، ولا اعتبار للفرع مع وجود الأصل.. فلا يعتبر وجوده معه. انتهى.

لأنه لو كان فرعاً للحرز بالمكان.. لزم أن لا يوجد بدونه؛ لأن وجود الفرع لا يتحقق بدون الأصل، وليس كذلك، بل تحقق بدونه كما ترى.

والحاصل: أنّ القضيّة المذكورة تنعكس على ما ذكرناه، وعلى ما «فتح القدير».. لزم أن لا تنعكس.

هذا، وقال في «البزازية» نقلاً عن «الحاوي»: دخل السارق نهاراً وباب الدار مفتوح.. لم يقطع.

ولو ليلاً في باب الدار، وكان الباب مفتوحاً مردوداً بعدما صلى الناس العتمة، وسرق خفية أو مكابرة ومعه سلاح، وصاحبه يعلم به أو لا.. يقطع. انتهى.

ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه إلّا بإخراج المتاع منه؛ لقيام يد المالك قبل الإخراج، بخلاف الحرز بالحافظ؛ فإنه يجب القطع فيه كما أخذه؛ لزوال يد المالك فيه بمجرد الأخذ، فتتم السّرقة، فيجب موجبها، سواء كان الحافظ في الطريق أو في الصحراء أو في المسجد، مستيقظاً أو نائماً، والمتاع تحته أو تحت رأسه أو عنده وهو بحيث يراه؛ لأنه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيفما نام؛ مضطجعاً أو لا: حافظاً له في العادة.

وقيل: يشترط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه؛ أما إذا كان موضوعاً بين يديه.. فلا يكون محرزاً له في حال نومه، والصّحيح: هو الأوّل على ما في «الهداية».

وقال: وعلى هذا: لا يضمن المودَع والمستعير إذا حفظا الوديعة والعارية كذلك؛ أي: لو نام ووضع الوديعة أو العارية تحت رأسه أو جنبه أو بين يديه فسرقت.. لم يضمن، ولو لم يكن ذلك حفظاً بل كان تضييعاً.. لضمنوا. على ما اختاره صاحب «الهداية» وصححه.

قال الإمام السرخسي وصاحب «الفصولين» و«العمادي» و«فتاوى الظهيرية»: لكن المذكور في «قاضي خان» و«الخلاصة» وغيرهما من الفتاوى: خلاف ذلك؛

حيث قال في وديعة «قاضي خان»: رجل دخل الحمام فنزع ثيابه بمحضر من صاحب الحمام، فلمّا خرج من الحمام لم يجد ثيابه ووجد صاحب الحمام نائماً.. قالوا:

إن كان نائماً قاعداً.. لا يضمن شيئاً؛ لأنه مستيقظ حكماً، فلم يكن تاركاً للحفظ.

وإن كان نائماً مضطجعاً واضعاً جنبيه على الأرض.. كان ضامناً؛ لأنه ترك الحفظ.

ثم قال في ضمان المستعير: رجل استعار دابة فنام في المفازة ومقودها في يده، فجاء إنسان وقطع المقود وذهب بالدابة.. لا يضمن المستعير؛ لأنه لم يترك الحفظ.

ولو أنّ السّارق مدَّ المقود من يده فذهب [٦٥٦/أ] بالدابة ولم يعلم به المستعير.. كان ضامناً؛ لأنه إذا نام على وجه يمكن مدّ المقود من يده وهو لا يعلم به.. يكون مضيعاً.

قيل: هذا إذا نام مضطجعاً؛ فإن نام جالساً.. لا يضمن على كلّ حال؛ لأنه لو نام جالساً ولم يكن المقود في يده، ولكن الدابة بين يديه.. لا يضمن، فههنا أولى. انتهى.

هكذا ذكره في «الخلاصة» و«الذخيرة»، وقالوا: ما ذكروا من الفرق بين النوم جالساً وبين النوم مضطجعاً فيما إذا كان في الحضر؛ أما إذا كان في السّفر.. فلا ضمان عليه، نام جالساً أو مضطجعاً.

ثم ما كان حرز النوع من المتاع، بل يكون حرزاً لجميع الأنواع؛ قيل: نعم، وقيل: لا.

وَلَا قطعَ بِسَرِقَةِ مَالِ مَن بَينَهمَا قَرَابَةُ وِلادٍ، وَلَا بِسَرِقَةٍ مِن بَيتِ ذِي رحمٍ مَحرَمٍ وَلَو مَالَ غَيرِهِ.

وفي «فتح القدير»: والصحيح: هو الأوّل كما ذكره الكرخي، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيرة غنم.. يقطع، بخلاف ما إذا سرق الغنم من الرعي.. فإنه لا يقطع.

وقد أطلق محمد عدم القطع فيه، وفي الفرس والبقر، وهو مقيّد بما إذا لم يكن معها من يحفظها؛ فإن كان من يحفظها.. قطع إذا لم يكن الحافظ راعياً؛ فإن كان راعياً.. ففي «البقالي»: لا يقطع، وهكذا في «المنتقى» عن أبي حنيفة.

وأطلق الإمام خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ.

ولا يخفى عليك: أنّ ما في «البقالي» أقوى دراية؛ لأن الراعي لم يقصد حفظها من السراق، بل قصده مجرّد الرعي، بخلاف غيره من الحافظ.

وعلى القول الثاني، وقد نقله الإسبيجابي عن بعض أصحابنا: إن كل شيء يعتبر بحرز مثله، حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل أو حظيره.. لا يقطع، وكذا لو سرق من هذه الأماكن ثيابا نفيسة، وهو قول الشافعي.

(**ولا قطع بسرقة مالِ مَن بينهما قرابة ولاد**)، فلا قطع لمن سرق من أبويه وإن علا، أو من ولده وإن سفل للبسوطة بينهما في المال، وفي الدخول في الحرز، فيختل معنى السرقة.

(**ولا بسرقة من بيت ذي رحم محرم**)؛ كالأخ والأخت والعم والخال والعمة والخالة.

(**ولو**) - وصليّة - (**مال غيره**)؛ أي: غير ذي رحم محرم منه للبسوطة في الدخول في الحرز، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة؛ كالوجه والكف، والباطنة كالعضد والصدر والساق، بخلاف سرقة أحد الصديقين من الآخر؛ لأنه عاداه، فوقع الأخذ حال العداوة، وانقطاع البسوطة بينهما.. فيقطع.

وَيُقطَعُ بِسَرِقَةِ مَالِهِ مِن بَيتِ غَيرِهِ، وَكَذَا بِسَرِقَةٍ مِن بَيتِ مَحرَمٍ رضَاعاً، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي الْأُمِّ.

وَلَا قطعَ بِسَرِقَةِ مَالِ زَوجتِهِ، أَو زَوجِهَا، وَلَو مِن حرزٍ خَاصٍّ.

(**ويقطع بسرقة ماله**)؛ أي: مال ذي رحم محرم منه.

(**من بيت غيره**)؛ لتحقق الحرز فيه، فتكون السرقة من حرز.

(**وكذا**)؛ أي: يقطع (**بسرقة من بيت** [٦٥٦/ب] **محرم رضاعاً، خلافاً لأبي يوسف في الأمّ**) من الرّضاع؛ حيث قال: لا يقطع؛ لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة، بخلاف الأخت من الرضاع؛ لانعدام هذا المعنى فيها عادة.

ووجه الظاهر: أنه لا قرابة بينهما، والمحرمية بدون القرابة.. لا تكون حرمتها قويّة عادة، فلا تعدّ شبهة في درء الحد؛ كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة؛ فإنه إذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها.. يقطع، وكذا في التقبيل عن شهوة وإن كانت المحرمية موجودة.

والأم من الرضاع أشبه بالأخت من الرضاع ممن يحرم بالزنا والتقبيل عن شهوة؛ لأن إلحاق الرضاع بالرضاع أشبه من إلحاقه بالزنا، وفي السرقة من بيت الأخت من الرضاع.. يجب القطع بالاتفاق، فيجب في السرقة من بيت أمه من الرضاع أيضاً.

وقوله: «يدخل عليها من غير استئذان وحشمة.. قلنا: ممنوع؛ لأن الرضاع قلّما يشتهر، فلا بسوطة بينهما؛ لعدم شهرته، فلا يدخل عليها بلا استئذان؛ خوفاً عن وقوع التهمة.

بخلاف النسب؛ فإنه يشتهر، فلا ينكر دخوله؛ لعدم التهمة فيه أصلاً، فلا حاجة إلى الاستئذان في الدخول عليها، فلم يقطع في سرقة مال أمّه من النسب.

(**ولا قطع بسرقة مال زوجته أو زوجها ولو**) - وصلية - (**من حرز خاص**) له، يسكنان فيه أو لا؛ لوجود البسوطة بينهما في الأموال عادة: وهو ظاهر، ودلالة:

وَكَذَا لَو سرقَ مِن سَيِّدِهِ، أَو زَوْجَةِ سَيِّدِهِ، أَو زوجِ سيِّدتِهِ، أَو مكَاتَبِهِ، ...

وذلك أنها لمّا بذلت نفسها.. فلأن تبذل مالها أولى.

خلافاً للشافعي في أحد قوليه، وهو نظير الخلاف في الشهادة.

قلنا: هذه البسوطة لما منعت قبول شهادة أحدهما للآخر.. فلأن تمنع قطع اليد أولى؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات.

أطلق الزوجين؛ فشمل:

الزّوجية وقت السرقة فقط؛ بأن سرق منها، ثم أبانها وانقضت عدّتها، ثم ترافعا.. فلا قطع.

والزوجية بعد هذا؛ بأن سرق من أجنبية، ثم تزوّجها، ثم ترافعا.. فلا قطع ولو بعد القضاء؛ لوجود الشبهة قبل الإمضاء.

والزوجية من وجه؛ بأن سرق من مبتوتة في العدة، أو سرقت هي منه؛ لوجود الخلطة بينهما في العدة، بخلاف ما إذا سرق منها بعد انقضاء العدة.. فإنه يقطع.

(**وكذا لو سرق**) العبد (**من سيّده، أو من زوجة سيّده، أو من زوج سيّدته**)؛ للبسوطة بينهما، وللإذن في الدخول، فيختل الحرز.

وقال مالك: يقطع لو سرق من زوجة سيّده أو من زوج سيّدته، والحجّة عليه: ما ذكرناه.

(**أو مكاتبه**)؛ [٦٥٧/أ] أي: لو سرق المولى من مكاتبه.. لا يقطع؛ لأن له حقّاً في أكساب مكاتبه، ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين مولاه؛ لأنه إن عجز.. كان للمولى، وإن عتق.. كان له.

ولا يقطع في سرقة مال دائر بين السّارق وغيره؛ كما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار، وكما لا قطع على السيد.. كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيّده؛ لأنه عبده ما بقي درهم.

أوِ خَتَنِهِ، أَو صِهْرِهِ، خلافاً لَهما فيهِمَا، أَو مِن مغنمٍ، أَو حمَّامٍ نَهاراً وَإِن كَانَ ربُّهُ عِنْدَهُ، أَو مِن بَيتٍ أُذِنَ فِي دُخُولِهِ، أَو مضيفِهِ.

(**أو ختنه**) الختن بفتحتين، والمراد به ههنا: زوج كلّ ذي رحم محرم منه كبنته وأخته.

(**أو صهره**)، قال الأزهري: الصهر يشمل على قرابات النساء ذوي المحارم وذوات المحارم؛ كالأبوين والأخوة وأولادهم والأعمام والأخوال والخالات، فهؤلاء أصهار زوج المرأة، ومن كان من قبل الزوج من ذوي قرابة المحارم.. فهم أصهار المرأة أيضاً. كذا في «المصباح».

(**خلافاً لهما فيهما**)؛ أي: في الختن والصهر.

ولأبي حنيفة: إن العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان، فتمكّنت الشبهة للحرز؛ كما في أحد الزوجين، ومال السيد أو زوجته.

ولهما: أنه لا شبهة في ملك البعض؛ لأنها تكون بالقرابة، ولا قرابة ههنا، والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع.

وعلى هذا الخلاف: إذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، بخلاف أحد الزوجين والسيد ونحوهما؛ لوجود القرابة والبسوطة.

(**أو**) سرق (**من مغنم**)؛ لأن له فيه نصيباً فتمكنت الشبهة في المالية، هكذا روي عن علي.

(**أو حمام نهاراً وإن**) - وصلّية - (**كان ربّه عنده، أو من بيت أذن في دخوله**) كحوانيت التجار والخانات؛ لاختلال الحرز بالإذن في الدخول فيه عادة.

فإن قيل: فهل لا يكون محرزاً بكون صاحبه عنده؟

قلنا: لا؛ لما مر: أن الحرز بالمكان لا يعتبر فيه الحرز بالحافظ.

(**أو**) سرق الضيف من (**مضيفه**)؛ لأن البيت لم يبق حرزاً في حقّه؛ لكونه مأذوناً في دخوله؛ ولأنه بالإذن صار بمنزلة أهل الدار، فيكون فعله خيانة لا سرقة.

وَقُطِعَ لَو سَرَقَ مِنَ الْحمَّامِ لَيْلاً، أَو مِنَ الْمَسْجِدِ مَتَاعاً. ورَبُّهُ عِنْدَهُ، أَو أَدخلَ يَدهُ فِي صندوقِ غَيرِهِ، أَو كُمِّهِ، أَو جيبِهِ، أَو سرقَ جُوالِقاً فِيهِ مَتَاعٌ وربُّهُ يحفظُهُ، أَو نَائِمٍ عَلَيْهِ، ....

وكذا لا يقطع إذا سرق من بعض بيوت الدار التي أذن له في دخولها وهو مقفل، أو من صندوق مقفل، على ما ذكره القدوري في «شرحه»؛ لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد، ولهذا إذا خرج اللص من بعض بيوت الدار إلى الدار.. لا يقطع ما لم يخرجه من الدار، وإذا كان حرزاً واحداً.. فبالأذن اختل الحرز في البيوت.

(**وقطع لو سرق من الحمام ليلاً**)؛ لأنها بنيت لإحراز الأموال، وإنما الإذن يختص بالنهار، وكذا كل ما أذن في دخوله يقطع [٦٥٧/ب] فيه ليلاً.

وعن أبي حنيفة: إذا سرق ثوباً من تحت رجل في الحمام نهاراً.. يقطع كما في الليل، وقد مر: أنّ الصحيح: عدم القطع نهاراً.

(**أو من المسجد متاعاً وربّه عنده**) ليلاً كان أو نهاراً؛ لأن المسجد محرز بالحافظ لا بالمكان؛ لأنه ما بني لحفظ الأموال.. فيعتبر الإحراز بالحافظ لا المكان، بخلاف الحمام والخانات والحوانيت الّتي أذن لدخولها؛ لأنها لا تعتبر بالحافظ؛ لكونها بنيت لحفظ الأموال.

وعلى هذا: ما ذكره في «الخلاصة»: جماعة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه.. لا يقطع، ولو كان في المسجد جماعة.. يقطع.

(**أو أدخل يده في صندوق غيره أو كمّه أو جيبه أو سرق جوالقاً فيه متاع**) من موضع ليس بحرز؛ كالطريق والمسجد ونحوه، وإليه أشار بقوله: (**وربّه يحفظه، أو نائم عليه**)، وذلك لأنه لو سرق من مكان محرز.. يقطع بلا اعتبار الحافظ مطلقاً على ما مرّ، فعلم: أن المراد هو السّرقة من المحرز بالحافظ لا بالمكان.

أَوِ سرقَ المؤجِّرُ مِنَ الْبَيْتِ الْمُسْتَأْجَرِ، خلافاً لَهما.

وَلَو سرقَ شَيْئاً وَلم يُخرجهُ مِنَ الدَّارِ.. لَا يُقطَعُ، بِخِلَافِ مَا لَو أخرجَهُ مِن حُجرَةٍ إِلَى الدَّارِ.

ثم إنه أطلق النوم فشمل النوم قاعداً ومضطجعاً، وكذا الحكم فيما إذا نام والمتاع بحضرته، وقد ذكرناه من قبل فارجع إليه.

(**أو سرق المؤجر من البيت المستأجر**). يقطع عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**)؛ لأن المؤجر يدخل البيت الذي أجره للمرمَّة.. فيثبت له الإذن، فلا يقطع؛ كما لو سرق من داره التي أعارها.

ولأبي حنيفة: أنه ممنوع عن الدخول بغير إذن المستأجر؛ لأن البيت المستأجَر كالمملوك في حق المنفعة، وأما الدخول للمرمَّة.. فمباح بالإذن لا بدون الإذن، بخلاف المستعار؛ إذ ليس فيه تمليك المنفعة، بل طريقه الإباحة.

قيّد بالمؤجر؛ لأنه لو سرق المستأجر من المؤجر في بيت آخر له.. يقطع بالاتفاق.

(**ولو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار.. لا يقطع**)؛ لأن الدار كلّها حرز واحد.. فلا بدّ من الإخراج منها، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الأخذ.

ثم اختلفوا فيه، فقال بعضهم: لا ضمان عليه إذا تلف المسروق في يده قبل الإخراج من الدار، كما لا قطع عليه.

والصحيح: أنه يضمن المتلف على وجه التعدي، بخلاف القطع؛ لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد. كذا في «فتح القدير».

ثم هذا في الحرز بالمكان، بخلاف الحرز بالحافظ؛ حيث يجب القطع فيه كما أخذه بدون اعتبار الإخراج، وقد تقدّم ذكره من قبل.

(**بخلاف ما لو أخرجه من حجرة**) من حجرات الدار العظيمة (**إلى**) صحن (**الدار**)؛ حيث يقطع فيه؛ لأن كلّ حجرة حرز على حدة.

أَو سرقَ بعضُ أهلِ حُجَرِ دَارٍ مِن حُجرَةٍ أُخْرَى فِيهَا، أَو أَخذَ شَيْئاً مِن حِرزٍ فَأَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ، ثمَّ خرجَ فَأَخذَهُ، ....

قال محمّد [٦٥٨/أ] في «الجامع الصغير»: فإن كانت دار فيها مقاصير، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار.. قطع؛ لأن كلّ مقصورة بمنزلة دار على حدة، هذا كلامه.

وأوّلوه بما إذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم، ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار، وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة؛ لأنها على هذا التقدير بعد الإخراج إليها: كالإخراج إلى السّكة، بخلاف ما لو سرق من الدّار ولم يخرجه منه؛ لأن بيوت الدار كلّها في يد واحد، وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان.

(**أو سرق بعض أهل حجرة دار من حجرة أخرى فيها**)؛ أي: في تلك الدار.. فإنه يقطع لما ذكرناه من أن كلّ حجرة حرز على حدة.

وفي «الفتاوى الصغرى»: القوم إذا كانوا في دار، كلّ واحد في مقصُورة على حدة، عليه باب يغلق، فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه؛ إن كانت الدار عظيمة.. يقطع، وإلا.. فلا.

(**أو أخذ شيئاً من حرز**)؛ أي: نقب بيتاً فدخل فيه وأخذ شيئاً، (**فألقاه في الطريق، ثم خرج**) من البيت (**فأخذه**). فإنه يقطع عند أبي حنيفة وصاحبيه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، خلافاً لزفر.

له: أن الإلقاء غير موجب للقطع؛ كما لو خرج ولم يأخذ، وكما لو أخذه غيره من السكة.

ولنا: إن الرمي حيلة يعتادها السرَّاق؛ لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب، أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار، ولم تعترض عليه يد معتبرة حتى تزول يده الثابتة، فاعتبر الكل فعلاً واحداً.

أَوِ حَمَلَه على حمَارٍ فساقَهُ فَأَخْرَجَهُ مِنَ الْحِرْزِ.

وَلَو دخلَ بَيْتاً فَأَخذَ وناولَ مَن هُوَ خَارِجٌ. لَا يُقْطَعَانِ.

بخلاف ما إذا خرج ولم يأخذ.. فإنه مضيع لمال صاحب الدار لا سارق، وأما إذا أخذه غيره.. فقد اعترضت عليه يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه، فلا يقطع.

والحاصل: أن يد السارق ثبتت عليه بالأخذ، ثم بالإلقاء لم تزل يده حكماً؛ لعدم اعتراض يد أخرى عليه، ألا ترى أنّ من سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه، ثم رده إلى موضع صاحبه.. لم يضمن؛ لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكماً، فكأنه ردّه إلى يده حقيقة؛ فإذا بقي في يده حكماً، ولم يسقط بالإلقاء، وتأكد يده من الأخذ من الطريق.. يقطع، بخلاف ما إذا لم يأخذه من الطريق.. فإنه مضيع لا سارق.

(**أو حمله على حمار فساقه فأخرجه من الحرز**)؛ لأن سير الحمار لسوقه إيّاه، ولهذا.. يضمن السائق ما أتلفت الدابة؛ فإذا أضيف إليه.. يقطع.

وكذا [٦٥٨/ب] لو قاده؛ لإضافته أيضاً.

وأما لو خرجت الدابّة بنفسها.. لا يقطع؛ لعدم الإضافة إليه.

ولو أخذه وعلقه في عنق كلب وزجره.. يقطع، ولو خرج بلا زجر.. لا يقطع.

ولو علق شيئاً على طائر وتركه في المنزل، ثم طار ذلك إلى منزله.. لا يقطع.

ولو كان في الدار نهر جار، فألقى ما أخذه في النهر، ثم خرج؛ فإن كان الماء ضعيفاً وأخرجه بتحريك السارق.. قطع؛ لأن الإخراج يضاف إليه، وإن أخرجه الماء بقوة جريه.. لم يقطع، وقيل: يقطع، وفي «الزيلعي»: وهو الأصحّ؛ لأنه أخرجه الماء بسببه، وهو قول مالك والشافعي.

(**ولو دخل بيتاً**)؛ أي: لو نقب بيتاً ودخل فيه (**فأخذ شيئاً وناول من هو خارج**)؛ أي: عند النقب أو على الباب (.. **لا يقطعان**)؛ **أما الداخل في البيت**؛ فلأنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز؛ لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروج الداخل.

وَكَذَا لَو أَدخلَ الْخَارِجُ يَدَهُ فَتَنَاولَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقطعُ الدَّاخِلُ فِي الأُولى، ....

وفي «فتح القدير»: والوجه: أن يقطع فيه؛ كما روي عن أبي يوسف؛ لأنه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه، وكونه لم يخرج كلّه معه.. لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة والإخراج.

وما قيل: إن السرقة تمت بفعل الداخل والخارج معاً، ثم الخارج لا يقطع، فكذا الداخل.. ممنوع، بل تمت بالداخل وحده، وإنما يتم بها إذا أدخل الخارج يده فأخذها.

وفيه: يقطعان عند أبي يوسف. انتهى.

أمّا الخارج من البيت؛ فلانه لم يوجد منه هتك الحرز، فلم تتم السّرقة من كل منهما، كذا قالوا، ويرد عليه: ما ذكرناه من «فتح القدير».

(**وكذا**)؛ أي: لا يقطعان (**لو أدخل الخارج يده فتناول**) المال من يد الداخل، والوجه فيه: ما ذكرناه آنفا أيضاً في كلّ من الداخل والخارج.

وإنما قلنا: «فتناول المال من يد الداخل»؛ لأنه لو لم يتناوله من يد الداخل، بل وقعت يده على شيء مما جمعه الداخل فأخذه.. فلا يقطع واحد منهما بالاتفاق بين أصحابنا في ظاهر الرواية على ما سيأتي مصرّحاً.

ولم يذكر محمد ما إذا وضع الداخل المال عند النقب، ثم خرج وأخذه؛ فاختلف المشايخ فيه، قيل: يقطع، وقيل: لا، وهو الصحيح على ما في «فتح القدير».

(**وقال أبو يوسف: يقطع الداخل في الأولى**)؛ أي: فيما دخل بيتاً وأخذ شيئاً وأخرج يده من النقب وناوله الخارج.

ووجه ما ذكرناه: من أنه دخل الحرز وأخرج المال بنفسه، وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة.

ويَقطعانِ فِي الثَّانِيَةِ.

وَكَذَا لَا يُقطَعُ لَو نقبَ بَيْتاً وَأَدْخلَ يَدَهُ فِيهِ وَأَخذَ شَيْئاً ....

(**ويقطعان في الثانية**)؛ أي: فيما أدخل الخارج يده [٦٥٩/أ] من النقب فتناوله شيئاً من يد الداخل، وهذا لأنه أخرج المال من حرز وهو المناط، فلا يشترط الدخول فيه؛ كما إذا أدخل يده في الصندوق وأخرج منه.. فيقطعان للاشتراك في العلّة.

قلنا: إن هتك الحرز شرط فيه الكمال؛ تحرّزاً عن شبهة العدم، والكمال في الدخول، وقد أمكن اعتباره في البيت وهو المعتاد، بخلاف الصندوق؛ لأن ما يمكن فيه: إدخال اليد لا الدخول، كذا قالوا.

حاصله: أن هذه السرقة بدون الدخول ناقصة، فلا يقطع.

وفي «فتح القدير»: وقد يمنع نقصان هذه السرقة؛ لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق، والدخول ليس من مفهومها، ولا شرط لوجودها؛ إذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول، وقد يتحقق معه، وفي كلا الصورتين معنى السرقة تامّ لا نقص فيه، وكون الدخول هنا هو المعتاد باتفاق الحال لا بطريق اللزوم؛ لأنه قلّما يقدر على الإخراج شيئاً ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه، وقلّما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فيقع على مال. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هتك الحرز على الكمال معتبر في السرقة؛ احتيالاً للدرء ما أمكن، وذلك لا يتحقق فيما أمكن الدخول إلا بالدخول.

(**وكذا لا يقطع**) عندهما (**لو نقب بيتاً وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً**) هذا ظاهر الرواية عن الكلّ، ولذا لم يذكر الحاكم الشهيد خلافاً.

وروي عن أبي يوسف في «الإملاء»: أنه يقطع فيه، وهو قول مالك والشافعي وأحمد؛ لما ذكرناه: من أن المناط هو الإخراج من الحرز، وقد وجد ذلك، والدخول ليس بشرط.

أو طرَّ صُرَّةً خَارِجَةً مِن كُمِّ غَيرِهِ، خلافاً لَهُ.

وَإِن حلَّهَا وَأَخذَ مِن دَاخلِ الْكُمّ.. قُطِعَ اتِّفَاقاً. ....

والجواب عنه: ما ذكرناه آنفاً أيضاً: من أنّ هتك الحرز شرط فيه الكمال، وذلك بالدخول، ولم يوجد ذلك.

(**أو طرّ**)؛ أي: شقّ (**صرة**) والصرة: هي الهميان، والمراد بها ههنا: هي بعض الكم المشدودة فيه الدراهم على ما صرّحوا به، وإليه أشار بقوله: (**خارجة من كم غيره**)؛ أي: لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً له**)، قال: يقطع فيه، وبه قال مالك والشافعي وأحمد.

له: أنّ في صورة أخذه من خارج الكمّ إذا لم يكن محرزاً بالكم.. فهو محرز بصاحبه؛ لأنه إذا كان محرزاً بصاحبه وهو نائم إلى جنبه.. فلأن يكون محرزاً به وهو يقظان - والمال يلاصق بدنه - أولى؛ فإذا كان محرزاً.. يقطع.

ولهما: أن الرباط لما كان من خارج وهو المفروض - وبه يشعر قوله: «خارجة من كم» فبالطرِّ يتحقق الأخذ من خارج، فلم يوجد [٦٥٩/ب] هتك الحرز وهو المناط.

بخلاف ما لو كانت الصّرة داخلة في الكمّ فطرّها وأخذها.. فإنه يقطع بالاتفاق؛ لأنه حينئذ الرباط من داخل فبالطّر.. يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم؛ لأنه أخذه بإدخال يده في الكم فوجد هتك الحرز.

(**وإن حلّها**)؛ أي: الصرة الخارجة من الكم (**وأخذ من داخل الكم.. قطع اتفاقاً**)؛ لأن الصرة إذا كانت خارجة من كم.. يكون الرباط من خارج الكم؛ فإذا حلّها وأخذ ما فيها.. يتحقق الأخذ من باطن الكم فيوجد الأخذ من الحرز، بخلاف ما إذا حلّ الصرة الداخلة في الكم وأخذ ما فيه.. حيث لا يقطع فيه؛ لأنه حينئذ يكون الرباط من داخل الكم فتحقق الأخذ من خارج الكم، فلم يوجد الأخذ من الحرز؛ لأنه وإن أدخل يده في الكم حينئذ.. إلّا أنه أدخلها لحل الرباط لا لأخذ

المال من الكم؛ لأن المال في هذه الصورة في خارج الكم لا في داخله، فكان الجواب في حل الصرة: عكس الجواب في طرحها؛ لانعكاس العلة كما ترى.

ثم الخلاف المذكور بينهما وبين أبي يوسف في مسألة الطَّرّ بناءً على أن الحرز ما هو؟

فقال أبو يوسف: الحرز هو الصاحب.. فحينئذٍ يتحقق الأخذ من الحرز فيقطع.

وقالا: الحرز ليس الصاحب، بل هو الكم؛ لأن صاحب المال يعتمد الكم لا قيام نفسه، فصار الكم كالصندوق، وهذا.. لأن المطرور كمّه؛ إما في حال المشي أو في غيره:

فمقصوده في الأوّل: ليس إلا قطع المسافة لا حفظ المال، وهنا اعتمد في حفظ المال على الربط.

وفي الثاني: هو الاستراحة عن حفظ المال - وهو شغل قلبه بمراقبته - فإنه متعب للنفس، فيربطه ليريح نفسه من ذلك فإنما اعتمد الربط، والمقصود هو المعتبر في هذا الباب، ألا ترى أن من شق جوالق على جمل يسير فأخذ ما فيه.. قطع؛ لأن صاحب المال اعتمد الجوالق، فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع، ولو أخذ الجوالق بما فيه.. لا يقطع؛ لعدم كونها محرزة، إلا إن كان صاحبها يحفظها أو كان نائماً عليها أو كانت الجوالق في مكان محرز.. فإنه حينئذ يقطع.

وكذا: لو سرق من الفسطاط.. قطع.

ولو سرق نفس الفسطاط.. لا يقطع؛ لأنه ليس محرزاً، بل ما فيه محرز به؛ فلذا قطع فيما فيه دونه.

بخلاف ما لو كان الفسطاط والجوالق ملفوفاً عنده يحفظه أو في فسطاط آخر.. فإنه يقطع به؛ فإذا كان الحرز هو الكم عندهما.. قالا: يقطع، وطر الصرة الخارجة وحل الداخلة، ولا يقطع في طر الداخلة وحل الخارجة على ما بيّناه.

وَلَو سرقَ مِن قطارٍ جملاً أَو حِمْلاً.. لَا يُقطعُ وَإِن شقّ الْحِملَ وَأخذَ مِنْهُ شَيْئاً.. قُطِعَ.

والفُسطاطُ: كالبيتِ.

(ولو سرق [٦٦٠/أ] من قطار جملاً) - الجمل: هو ذكر البعير، جمعه: جمال وأجمال وأجمل، والمراد: هو البعير مطلقاً ذكراً أو أنثى، (أو حِملاً) هو بكسر الحاء ما يحمل على الظهر ونحوه (.. لا يقطع)؛ لأنه ليس بمحرز مقصوداً، فتتمكن شبهة العدم، وهذا: لأن السّائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ؛ قالوا: يقطع؛ لأنه حينئذ يكون محرزاً مقصوداً.

(وإن شق الحِمل وأخذ منه شيئاً.. قطع)؛ لأن الجوالق في مثل هذا حرز؛ لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها؛ كالكم على ما مرّ، فوجد الأخذ من الحرز فيقطع.

ولو سرق الغنم من المرعى.. لا يقطع وإن كان الراعي معها؛ لأن الراعي لا يقصد الحفظ، بل مجرد الرعي.

بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها، وعليها باب مغلق فأخرجها منه.. قطع؛ لأنها بنيت لحفظها، كما أن الجوالق يقصد بها حفظ الأمتعة الموضوعة فيها.

(والفسطاط) بضم الفاء وكسرها: بيت من الشعر (: كالبيت)، فيجري فيها ما يجري في البيت من الأحكام السّابقة .

*   *   *

(بَابٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْقطعِ وإِثباتِهِ)

تقطعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِن زِندِهِ، وتحسمُ.

(بَابٌ)

(في كَيْفِيَّة القَطْعِ وإثْبَاتِهِ)

(تقطع)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟﴾.

(يمين السارق)، وكذا السارقة، وهذا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: «فاقطعوا ايمانهما» وهي مشهورة، جازت الزيادة بها على إطلاق الكتاب؛ لأن القراءة تقيد بعضها بعضاً لو كانت مشهورة على ما في الأصول.

(من زنده)، لما صح أن النبي ﷺ أمر بقطع السارق من زنده، ولأن اسم اليد يتناول إلى الإبط، وهذا المفصل؛ أعني: الرسغ متيقن به؛ لكونه أقلّ من حيث القطع والمقطوع؛ أما كونه أقلّ من حيث القطع.. فبالنظر إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء: من أن المستحق للقطع هو الأصابع فقط؛ لأن بطشه كان بالأصابع، فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها، وفيه تكثير القطع بكثرة الأصابع وإن كان المقطوع أقلّ.

وفي القطع من الرسغ: قطع واحد، فكان القطع من الرسغ أقلّ من قطع الأصابع.

وأما كونه أقل من حيث المقطوع: فبالنظر إلى ما ذهب إليه الخوارج من أن المستحق قطع الرسغ يمين السارق من المنكب، وفيه تكثير للمقطوع وإن كان القطع واحداً كما في قطع.

وعلى التقديرين: كان القطع من الرسغ أقلّ.. فيتيقّن للقطع.

(وتحسم)، لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ أُتي بسارق، فقال: «فاقطعوه، ثم احسموه»، يقال: حسم العرق: إذا كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه؛ ولأنه لو لم يحسم [٦٦٠/ب].. يفضي إلى التّلف.

والحدّ شرع زاجراً لا متلفاً كذا علّلوه.

وَرجلُهُ الْيُسْرَى إن عَادَ؛ فَإن سرقَ ثَالِثاً.. لَا يقطعُ، بل يحبَسُ حَتَّى يَتُوبَ.

والّذي يقتضيه هذا التعليل: أنّ الحسم واجب، والمنقول عن الشافعي وأحمد: أنه مستحبّ؛ فإن لم يفعل.. لم يأثم.

ويسنّ تعليق يده في عنقه؛ لأنه ﷺ أمر به، رواه أبو داود وابن ماجه.

وعندنا: ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عن النبي ﷺ في كلّ من قطعه حتى يكون سنة، كذا في «فتح القدير».

(**ورجله اليسرى إن عاد**) هذا بالإجماع على ما في «فتح القدير».

ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم، وفعل عمر ذلك.

وقال أبو ثور والرّوافض: يقطع من نصف القدم من معقد الشراك؛ لأن عليّاً كان يقطع كذلك ويدع له عقباً يمشي عليها.

(**فإن سرق ثالثاً.. لا يقطع، بل يحبس حتّى يتوب**). وفي «غاية البيان»: أنه يحبس حتى يتوب ويظهر عليه سيماء رجل صالح؛ أي: تقبل توبته حين ظهر عليه سيماء رجل صالح.

وهل يضرب مع الحبس؟

ففي «المجتبى»: أنه يضرب.

وهل يجوز قتله في هذه المرّة؟

ففي «البحر» نقلاً عن «السراجية» للإمام: أن قتله سياسة، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: يقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة: رجله اليمنى؛ لقوله ﷺ: «من سرق فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه؛ فإن عاد فاقطعوه»، وروي مفسّراً في حديث أبي هريرة: بالأطراف الأربعة؛ كما هو مذهب الشافعي، ولأن الثالثة مثل الأولى في الجناية، بل فوقها؛ لكونها بعد الزاجرين.

وقالت الظاهرية - وهو المحكي عن عطاء وعمرو بن العاص -: إنه يقتل في المرة الخامسة.

وقال مالك والشافعي: إنه يحبس ويعزر في الخامسة؛ كما قلنا في الثالثة.

ولنا: ما رواه محمد والدارقطني وعبد الرزاق من حديث علي قال: إذا سرق السّارق.. فقطعت يده اليمنى؛ فإن عاد.. قطعت رجله اليسرى؛ فإن عاد.. ضمنته السجن حتّى يحدث خيراً، إني لأستحيي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها، ورجلاً يمشي عليها، وبهذا حاجّ بقيّة الصحابة فحجّهم فانعقد إجماعاً؛ ولأنّه إهلاك معنىً؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة.

والحد شرع زاجراً لا مهلكاً؛ ولأنه نادر الوجود؛ إذ الإنسان قلّما يسرق بعد قطع يده ورجله، والزاجر فيما يغلب وجوده، وما رواه: طعن فيه الطحاوي؛ حيث قال: تتبعناه.. فلم نجد أصلاً له.

وفي «المبسوط»: أنه غير صحيح، ولو سلّم.. فهو محمول على السياسة، أو على النسخ.

فإن قيل: [٦٦١/أ] إذا قطع رجل أربعة أطراف رجل.. اقتص منه أطرافه الأربعة بالإجماع، مع أنه فوّت جنس المنفعة منه.

قلنا: القصاص حقّ العبد فيراعى فيه المماثلة بالنص.

بخلاف الحدّ: فإنه حق الله تعالى.. فلا يقاس عليه.

فإن قيل: اليد اليسرى محلّ للقطع أيضاً بظاهر إطلاق: ﴿فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾، ولا إجماع على خلاف الكتاب، فكيف يدعي الإجماع؟!

قلنا: لما وجب حمل مطلق الكتاب على المقيّد عملاً بقراءة ابن مسعود على ما قدّمناه.. خرجت اليسرى من كونها مرادة من الكتاب، وتعينت اليمنى مرادة، والأمر المقرون بالوصف الذي كان علّة، وإن تكرّر.. يتكرر ذلك الوصف، لكنه إنما

وَطلبُ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ: شَرطُ الْقطعِ، ....

يكون حيث أمكن، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد.. انتفى محليتها للقطع، فلا يتصور تكراره، فيلزم أن معنى الآية: السارق مرة واحدة فاقطعوا أيديهما، ويثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع.

(**وطلب المسروق منه.. شرط القطع**)، والذي ظهر منه: أن المطلوب هو المال، وبه صرّح في «الزيلعي».

ولكنه قال الشمني في «شرح النقاية»: وشرط في قطع السارق خصومة المالك وطلبه القطع، فقد صرّح: أن مطلوب المسروق منه هو القطع.

قلت: ما ذكره «الزيلعي» هو الموافق لما ذكر في كتاب «الأصول»؛ حيث قال: في شرح «البزدوي»: إنّ وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص، ولهذا لم يتقيد بالمثل، وما يجب حقا للعبد.. يتقيد به؛ مالاً كان أو عقوبة؛ كالغصب والقصاص.

ولهذا لم يملك المسروق منه الخصومة بدعوى [الحَدّ] وإثباته، ولا يملك العفو بعد الوجوب، ولا يورث عنه. انتهى ما ذكروه، فقد صرّحوا بأنه لا يملك طلب القطع مجرداً عن المال، ثم اختلفوا في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه المال المسروق.

فقال مالك وأبو ثور وابن أبي ليلى: لا حاجة إلى ذلك، وتقبل الشهادة على السرقة بلا اشتراط المطالبة حسبة لله تعالى كما في حدّ الزنا؛ لأن المستحق بكلّ واحد منهما خالص حقّ الله تعالى.

وقال الشافعي في رواية: إن أقر السّارق بالسرقة.. فلا حاجة إلى ذلك، وإن ثبت بالبينة.. فلا بدّ من ذلك، وهذا رواية عن أبي يوسف أيضاً.

وهذا؛ لأن خصومة العبد ليس إلّا ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى، وبالإقرار يظهر السبب.. فلا حاجة إلى [٦٦١/ب] حضوره.

وقال أبو حنيفة ومحمّد - وهو أصحّ الرواية عن أبي يوسف والشافعي -: إنه لا فرق بين الإقرار والشهادة في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه عند: الشهادة، والإقرار، وعند القطع؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة، والخصم هو المسروق منه.

أما اشتراطها في الإقرار؛ فلأنه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقرّ به.. فهو للمقرّ ظاهراً، واحتمال ردّه الإقرار قائم، ولهذا لو أقر لغائب، ثم لحاضر.. جاز، ولأن شبهة الإباحة بإباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق ثابتة، وكذا شبهة وجود إذنه له في دخول بيته ثابتة.. فاعتبرت الخصومة والمطالبة؛ دفعاً لاحتمالي الرّد وهذه الشبهة.

وأما اشتراطها في الشهادة.. فلاحتمال الإقرار، المالك له بالملك بعد أداء الشهادة، وبه تنتفي السرقة، فاشترطت الخصومة دفعاً لهذا الاحتمال؛ فإذا ثبت أن حضور المسروق شرط.. فكان القطع قبل حضوره - سواء كان بالإقرار، أو بالشهادة - استيفاء الحدّ مع قيام الشبهة، وهو لا يجوز.

وكذا إن أحضر عند الإقرار وأداء الشهادة ثم غاب عند القطع؛ لأن الاستيفاء من تمام القضاء في باب الحدّ على ما مرّ؛ فإذا قطع بلا حضور الخصم.. صار قطعاً بلا قضاء.

لكنه قال في «الزيلعي» نقلاً عن «البدائع»: إذا أقر أنّه سرق من فلان الغائب.. قطع استحساناً، ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه.

وقيل عندهما: ينتظر.

وعند أبي يوسف: لا ينتظر. انتهى.

وهل يكفي حضور الوكيل عند الاستيفاء؟

وَلَـو مودعـاً، أَو غَاصـباً، أَو صَـاحبَ رِبَـا، أَو مستعيراً، أَو مُسْتَأْجراً، أَو مضارباً، أَو مستبضِعاً، أَو قَابِضاً على سوم الشِّرَاءِ، أَو مرتهناً.

وَيُقطَعُ بِطَلَبِ الْمَالِكِ أَيْضاً فِي السّرقَةِ مِن هَؤُلَاءِ، ....

ففي «النهاية» عزواً إلى «المبسوط»: أنه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء؛ لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحدّ لا يثبت مما هو قائم مقام الغير.

(ولو) - وصلية؛ أي: لو كان المسروق منه - **(مودعاً، أو غاصباً، أو صاحب ربا)**، قيل: صورته: رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبض العشرين، فسرق منه.. يقطع السارق بخصومته عندنا؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب؛ إذ المشترى شراء فاسداً في يد المشتري.. كالمغصوب، فصار هو كالغاصب.

بخلاف العاقد الآخر؛ أعني: من سلم العشرين؛ فإنه بالتسليم إليه لم يبق له يد، فلا يكون له ولاية الخصومة.

(أو مستعيراً، أو مستأجراً، أو مضارباً، هو مستبضعاً، أو قابضاً على سوم الشراء، أو مرتهناً)، وكذا كلّ من كان له يد حافظة؛ كمتولي الوقف والأب والوصي.

(ويقطع بطلب المالك [٦٦٢/أ] **أيضاً)**؛ أي: كما يقطع بطلب هؤلاء **(في السرقة من هؤلاء)**، إلا أن الراهن إنّما يقطع بخصومته حال قيام الرّهن بعد قضاء الدّين؛ لما في «المحيط»: إذا سرق الرّهن من المرتهن.. فللمرتهن أن يقطعه، وليس للراهن أن يقطعه؛ لأنه لا سبيل له على أخذ الرهن، وإن قضى الرّاهن الدين.. فله أن يقطعه؛ لأن له أن يأخذه، كذا في «الإيضاح».

يعني: أنّ جواز القطع بخصومة الرّاهن مشروط بشرطين:

أحدهما: قيام المرهون في يد المرتهن، حتى لو هلك.. صار المرتهن مستوفياً لدينه، فلا مطالبة للراهن بعده.

والثاني: قضاء الراهن الدين؛ إذ لا سبيل له قبل القضاء على أخذ الرّهن، وهذان الشرطان هما المذكوران في كلام «المحيط» المصرّح في «العناية».

وقال في «الزيلعي»: ينبغي أن يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك إذا كانت قيمة الرّهن أكثر من الدّين وكان الفضل يبلغ نصاباً، وهل يشترط في القطع بطلب المالك حضور هؤلاء؟

ففي ظاهر الرواية عن الثلاث: لا يشترط، وفي رواية ابن سماعة عن محمّد: أنه يشترط، هذا كلّه عندنا.

وقال الشافعي وزفر معه: لا يقطع بخصومة هؤلاء، وكانا اتّفقا في الحكم، ثم اختلفا في تخريج المناط؛ فالشافعي بناء على أصله من أنه لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده إذا جحد من في يده المال المسروق ما لم يحضره المالك.. فلا يلتفت إلى خصومتهم.

وزفر يقول: إنّ لهؤلاء ولاية الخصومة في الاسترداد، لكنها لضرورة الحفظ، والثابت بالضرورة: يتقدر بقدرها، فلا يظهر في حق القطع؛ لأن فيه تفويت الصيانة؛ لأن المال مضمون على السارق، فلو استوفى القطع.. يسقط الضمان، فيكون فيه تضييع لا صيانة، وهم مأمورون بالحفظ والصيانة.

ولنا: أن السرقة موجبة للقطع في نفسها، وهي قد ظهرت عند القاضي بحجّة شرعيّة، وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة غير ضروريّة.. فيترتب عليها القطع؛ إذ لا مانع من عملها.

وإنّما قلنا: إن الخصومة غير ضرورية؛ لأن الاعتبار لحاجتهم إلى استرداد اليد، وهم في ذلك كالمال؛ لأن اعتبار خصومة المالك لحاجته إلى إظهار السرقة؛ لإعادة اليد على المحل.

وهذا المعنى موجود في هؤلاء:

أما المستأجر والمستعير.. فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل [٦٦٢/ب].

لَا بِطَلَبِ السَّارِقِ أَو الْمَالِكِ لَو سُرِقَت مِنَ السَّارِقِ بعدَ الْقطعِ،.........

وأما المرتهن والمودع.. فالمراد إلى المالك تخليصاً للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ، ومقصودهم من الخصومة: إحياء حق المالك، وقد وجد ذلك في القطع بخصومتهم.

وأما سقوط الضمان بسقوط العصمة.. فمن ضرورة القطع، فكان ضمنيّاً لا قصديّاً.. فلا يعتبر في الشرع، وبه يندفع ما ذكره زفر أنّ فيه تفويت الصيانة... إلى آخره.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقطع بخصومة هؤلاء بدون حضرة المالك؛ لاحتمال أنه لو حضر.. أقرّ للسّارق بالمسروق.

قلنا: هذه شبهة موهومة.. فلا تعتبر كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن من هؤلاء؛ فإنه يقطع بخصومة المالك بدون اشتراط المؤتمن المسروق منه في ظاهر الرواية، مع أن فيه شبهة موهومة وهي؛ أنه لو حضر المؤتمن المسروق منه.. يحتمل أنه يقول: إنه كان ضيفاً عندي في الوقت الذي سرق ذلك، أو أذنت له في الدخول في بيتي.

روى ابن سماعة عن محمّد: أنه قال: ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة هؤلاء؛ لأنه لم يسرق منه فكان أجنبيّاً، وههنا بحث:

وهو أنّه قد مرّ آنفاً: أنهم اعتبروا بشبهة إباحة المالك للمسلمين، وكذا شبهة إذن المالك له، فاشترطوا بناء على هذه الشبهة: طلب المسروق منه، فلم يعتبروا هذه الشبهة في عدم القطع بخصومة هؤلاء، وقالوا: إنّها شبهة موهومة. ولا بدّ من بيان الفرق بينهما.

ومنه ظهر قوة رواية ابن سماعه عن محمّد.

(لا) يقطع (بطلب السارق) الأوّل (أو المالك لو سرقت من السارق) الأول (بعد القطع). يعني: لو قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع.. لم يكن له، ولا

بِخِلَافِ مَا لَو سُرِقَت مِنْهُ قبلَ الْقطعِ أَو بعدَ دَرْءِ الْحَدِّ بِشُبْهَةٍ.

لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني؛ لأن المال غير متقوّم بعد القطع في حق الأوّل، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك، فلم تنعقد موجبة للقطع.

وهذا؛ لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك، أو الأمين، أو الضمين، ولم يوجد شيء من ذلك هنا.

إذ السارق الأول ليس بمالك، ولا أمين، ولا ضامن.. فلا يقطع.

(**بخلاف ما لو سرقت منه قبل القطع**). فإنه يكون له ولرب المال القطع.

(**أو**) سرقت (**بعد درء الحد بشبهة**). فإن للأول القطع؛ لأن سقوط التقوّم لضرورة قطع الأوّل ولم يوجد ذلك، فصار هو كالغاصب، كذا في «الهداية».

وإليه أشار المصنف بقوله: بعد القطع.

وأطلق الكرخي والطحاوي: عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد؛ لأن يده ليس يد أمانة [٦٦٣/أ]، ولا يد ملك.. فكان ضائعاً، ولا قطع في أخذ مال ضائع.

أجيب عنه: بأنّ يد السّارق الأوّل، وإن لم تكن يد أمانة، ولا يد ملك.. يجوز أن تكون يد غصب، والسّارق من الغاصب يقطع بطلب الغاصب وبطلب المالك على ما مرّ، فالحق: ما في «الهداية» من التفصيل.

وروي في «نوادر هشام» عن محمّد: إن قطعت يد الأول.. لم أقطع الثاني، وإن درء القطع عنه شبهة.. قطعت يد الثاني، وهكذا في «الإملاء» لأبي يوسف.

وقال مالك والشافعي في قول: يقطع يد الثاني بطلب المالك، ولو بعد قطع الأوّل؛ لأنه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيه، والحجّة عليه ما ذكرناه.

وهل للسارق الأوّل ولاية الاسترداد؟

في رواية: ليس له ذلك؛ لأن يده ليست بصحيحة؛ إذ هي تصح بالملك، أو الأمانة، أو الضمان، ولم يوجد واحد منها.

وَإِن لم يَطْلُبْ أحدٌ.. لَا يُقطَعُ وَإِن أقرَّ هُوَ بهَا.

وَلَا بُدَّ مِن حُضُورِهِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَالْقطعِ.

وَلَو كَانَت يَدَهَ الْيُسْرَى أَو إِبهامُها مَقْطُوعَةً أَو شلَّاءَ، أَو أُصبُعانِ سوى الْإِبْهَامِ كَذَلِك.. لَا يُقطَعُ مِنْهُ شَيْءٌ، بل يُحبَسُ.

وَكَذَا لَو كَانَت رِجلُهُ الْيُمْنَى مَقْطُوعَةً أَو شلَّاءَ.

وفي رواية أخرى: له ذلك؛ ليرده على المالك إذ الرد واجب عليه، ولا يتمكن إلا به.

(**وإن لم يطلب أحد**)؛ أي: المال ممن يملك الطلب من المالك ومن غيره ممن ذكر.. (**لا يقطع وإن**) - وصلية - (**أقرّ هو**)؛ أي: السارق (**بها**) أي: السرقة؛ لفقد شرط القطع.. فلا ينعقد الموجب.

(**ولا بدّ من حضوره**)؛ أي: المسروق منه (**عند الإقرار والشهادة والقطع**) لما بيناه من قبل.

(**ولو كانت يده اليسرى أو إبهامها**)؛ أي: إبهام يده اليسرى (**مقطوعة، أو شلّاء، أو إصبعان سوى الإبهام كذلك**)؛ أي مقطوعة (**.. لا يقطع منه شيء**)؛ لأن في القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشاً.

بخلاف ما إذا كانت إصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء؛ لأن فوتها لا يوجب خللاً في البطش، ولو كانت اليمنى شلاء أو ناقصة الأصابع.. تقطع في ظاهر الرواية؛ لأن المستحق بالنص قطع اليمنى، واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل: جائز.

(**بل يحبس**) تعزيراً وسياسة.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقطع (**لو كانت رجله اليمنى مقطوعة، أو شلاء**) لفوات جنس المنفعة؛ لأن المشي لا يأتي مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة.

وَلَا يَضمَنُ الْمَأْمُورُ بِقطعِ الْيُمْنَى لَو قطعَ الْيُسْرَى. وَعِنْدَهُمَا: يضمَنُ إِن تعمَّدَ.

وفي «غاية البيان»: لو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع؛ فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها.. قطعت يده، وإن كان لا يستطيع القيام والمشي عليها.. لم تقطع يده.

(**ولا يضمن المأمور بقطع اليمنى، لو قطع اليسرى**) عمداً كان أو خطأ، عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يضمن إن تعمد**). وقال زفر: يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس؛ لأنه قطع يداً معصومةً، والخطأ في [٦٦٣/ب] حق العباد غير موضوع فيضمنها.

قلنا: المراد بالخطأ ههنا: هو الخطأ في الاجتهاد؛ إذ ليس في النصّ تعيين اليمين فصار موضع الاجتهاد؛ لأن الخطأ في معرفة اليمين عن اليسار؛ لأن هذا الخطأ ليس بعفو على الأصح.

والخطأ في الاجتهاد موضوع بالإجماع.

ولهما: أنه أتلف يداً معصومةً ظلماً عمداً.. فلا يعفى وإن كان مجتهداً فيه؛ لأن المجتهد لا يعذر فيما إذا كان دليله ظاهراً.

وكان القياس: أن يجب القصاص، إلّا أنه امتنع للشبهة؛ إذ ليس في النص تعيين اليمين، والمال يجب مع الشبهة.

ولأبي حنيفة: أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه، فلا يعدّ إتلافاً؛ كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ، ثم رجع.. فإنه لا يضمن بالرجوع؛ لأنه أخلف ما هو خير منه؛ أعني: مثل قيمته.

فإن قيل: اليمين لم يحصل بقطع اليسرى، بل كانت حاصلة قبله، بخلاف المستشهد به؛ فإن مثل قيمته حصل بالشهادة؛ فكيف يصح أن يقال: إنه أخلف ما هو خير منه؟

أجيب: بأنّ اليمين كانت مستحقة الإتلاف، فبقطع اليسرى.. سلمت، فصارت كالحاصلة به.

فإن قيل: إن المأمور بقطع يده اليمنى؛ لو قطع رجله اليمنى.. لا تقطع يده اليمنى بعده؛ لكونه أخلف ما هو خير منه، ومع هذا يجب على القاطع الضمان.

قلنا: لا رواية فيه.. فيمنع ولو سلّم ذلك، لكن كونه أخلف ما هو خير منه ممنوع، ولو سلم.. لكن المتلف ليس من جنس الباقي، فلم يخلف ما يقوم مقامه من جنسه.

ولو قطع يسار السارق غير المأمور بالقطع بعد حكم القاضي بقطع يمينه.. لا يضمن شيئاً من الأرش على الصحيح؛ لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون القاطع مأموراً، أو لا.

ولو قضى القاضي بقطع يمينه وقطعه أحد قبل أن يقول القاضي: اقطع.. لا شيء عليه على ما في «المبسوط»؛ لأن قيمة اليد سقطت بقضاء الحاكم بالقطع، فلم يبق مضموناً، لكن أدبه الحاكم.

ولو أخرج السارق يساره، وقال هذا يميني.. لم يضمنها بالاتفاق؛ لأنه قطعه بأمره، وهذا كله فيما إذا عيّن القاضي اليمين بأن قال: اقطع يمينه.

وأما إذا أطلق، وقال: اقطع يده ولم يعين.. لا يضمن القاطع بالاتفاق أيضاً؛ لعدم المخالفة بالأمر؛ إذ اليد يطلق عليها فيما إذا قضى القاضي بالقطع وأمره به.

وأما إذا قطعه أحد قبل أن يقضي القاضي بالقطع ولم يأمره به.. فيجب القصاص في العمد، ودية اليد في الخطأ بالاتفاق أيضاً، وسقط [٦٦٤/أ] القطع عن السّارق؛ لأن مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدّاً؛ كيلا يؤدّي إلى المثلة، ويجب عليه ضمان ما سرق؛ لعدم القطع حدّاً، ثم محلّ الخلاف المذكور: هو أرش اليسرى.

وَمن سرقَ شَيْئاً وردَّهُ قبلَ الْخُصُومَةِ إِلَى مَالِكِهِ.. لَا يُقطَعُ.

وأما المال المسروق.. فيجب على السّارق ضمانه في القطع العمد لو كان المال هالكاً؛ لأن قطع يساره لم يقع حدّاً بالاتفاق.

وفي الخطأ: يضمن أيضاً بناء على أنه لم يقع حدّاً، ولا يضمن بناء على أنه وقع خطأ في الاجتهاد، حيث زعم أنّ النص مطلق عن قيد اليمين، فيكون قطع اليسار واقعاً عن الحدّ، كذا في «التبيين».

(**ومن سرق شيئاً وردّه قبل الخصومة إلى مالكه.. لا يقطع**)؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع، فكانت شرطاً للقطع.

والخصومة لا تتحقق بعد الرد إلى مالكها؛ لأنها لا تتمّ إلّا بإقامة البينة، وهي إنّما جعلت حجّة لقطع المنازعة، وقد انقطعت المنازعة بالرد قبل المرافعة.. فلا خصومة: فلا قطع.

وعن أبي يوسف: أنه يقطع اعتباراً بما إذا ردّها بعد المرافعة.

قلنا: بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد، والشيء بانتهائه لا يبطل، بل يتقرر ويتأكد، فيكون موجوداً حكماً وتقديراً، هذا ظاهر فيما إذا ردّها بعد المرافعة وإقامة البينة والقضاء.

وكذا إذا ردّها بعد المرافعة وإقامة البينة قبل القضاء استحساناً؛ لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بعد خصومة معتبرة.

ثم الرد إلى المالك أعم من الحقيقي والحكمي، فلو رده إلى ولد المالك، أو ذي رحمه كأخيه وعمه وخاله؛ فإن كانوا في عياله.. فهو كردّه إلى المالك حكماً، فلا يقطع إن كان ردّه قبل المرافعة؛ لوجود الوصول إليه حكماً.

ولهذا لو رد المودع والمستعير الوديعة والمستعار إلى هؤلاء.. لا يضمن.

وإن لم يكونوا في عياله.. يقطع؛ لعدم الوصول إليه حقيقة وحكماً، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليهم، ولو ردّه قبل المرافعة إلى امرأة المالك، أو

وَكَذَا لَو نقصَت قِيمَتُهُ مِنَ النّصابِ قبلَ الْقطعِ، ....

أجيره مسانهة، أو مشاهرة، أو عبده، أو مكاتبه.. لا يقطع، وكذا لو ردّه قبلها إلى أبيه، أو أمّه، أو جدّه، أو جدّته.. لا يقطع وإن لم يكونوا في عياله؛ لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت له شبهة الرد، وشبهة الرد: كالرد.

بخلاف ما لو ردّه إلى عيال هؤلاء.. حيث يقطع؛ لأنه شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

ولو سرق عن مكاتبه وردّه إلى مولاه.. لا يقطع؛ لأن ماله له رقبة.

ولو سرق [٦٦٤/ب] من العيال وردّه إلى من يعولهم.. يبرأ، ولا يقطع؛ لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله.

وكذا المودع والمستعير من العيال لو دفع إلى من يعول.. يبرأ.

بخلاف الغاصب؛ فإنه لا يبرأ بالرد إلى الأب والأم، ولا إلى ولده وأقاربه الذين في عياله، ولا إلى زوجته.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقطع (**لو نقصت قيمته من النّصاب**)؛ أي: لو نقصت بعد القضاء بالقطع من حيث السعر؛ بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم، ويوم القطع أقلّ منها (**قبل القطع**). وعن محمد: أنه يقطع، وهو قول زفر ومالك والشافعي؛ اعتباراً بالنقصان في العين.

قلنا: إن كمال النصاب لما كان شرطاً في الابتداء.. شرط قيامه عند الاستيفاء أيضاً؛ لما مر: أنّ الاستيفاء من تتمة القضاء في باب الحدود، بخلاف النقصان في العين؛ لأن ما استهلك مضمون عليه، فكان النصاب كاملاً عند القطع؛ بعضه عين وبعضه دين، كما أنه كامل عند الأخذ كله عين، ولو استهلك العين كلّه.. يقطع أيضاً؛ لأن النصاب كامل أيضاً عند القطع كله دين، وعند الأخذ: كله عين.

وأما نقصان السعر.. فغير مضمون عليه، فكان النصاب ناقصاً عند القطع، فصار شبهة فافترقا.

أَو ملكَهُ بعدَ الْقَضَاءِ، أَوِ ادّعى أَنَّهُ مِلكُهُ وَإِن لم يَثْبُتْ.

(أو ملكه)؛ أي: ملك السارق المسروق بالهبة والتسليم، أو بالبيع والشراء (بعد القضاء) بالقطع.

وقال زفر - وهو قول مالك والشافعي وأحمد -: يقطع، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن السرقة قد تمّت: انعقاداً بفعلها بلا شبهة، وظهوراً عند الحاكم، ولا شبهة في السرقة إلّا باعتبار عارض الملك، الملك المتأخر متقدماً وقت السرقة، ولا موجب لذلك.. فلا يصحّ اعتباره متقدّماً وقت السرقة، فلا شبهة فيها فيقطع.

قلنا: إن الاستيفاء من تتمة القضاء في باب الحدود، فيشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء.. فصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء.

(أو ادّعى)؛ أي: ادعى السّارق بعدما شهد عليه الشاهدان بالسّرقة.

وهذا: لأنه لو أقر بالسرقة، ثم رجع، فقال: لم أسرق، بل هو ملكي.. لا يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال، كذا في «فتح القدير».

(أنه ملكه، وإن) - وصليّة - (لم يثبت) بالبينة.. فإنه لا يقطع.

وقال الشافعي: لا يسقط عنه القطع بمجرد دعواه بلا إثبات.

قيل وهو إحدى الروايتين عنه، وهو رواية عن أحمد أيضاً؛ لأن سقوط الحد بمجرّد دعواه: يؤدّي إلى سد باب الحد؛ إذ لا يعجز سارق عن هذا.

وفي رواية [٦٦٥/أ] عنه: أنه لا يقطع.

وعن أحمد في رواية: أنه إن كان معروفاً بالسّرقة.. يقطع؛ كظهور كذبه بدلالة الحال.

وقال ابن قدامة: وأولى الروايات أنه لا يقطع بكلّ حال؛ لأن الحدّ يدرأ بالشبهات، وهي احتمال صدقه، ولا معتبر بما قال الشافعي: أنه يؤدّي إلى سدّ باب الحد، كيف، وإن رجوع السارق بعد الإقرار بالسرقة صحيح إجماعا؟! والسّارق لا

وَكَذَا لَوِ ادَّعَاهُ أَحدُ السارِقَينِ.

وَلَو سرَقا وَغَابَ أَحدُهمَا وَشهِدَ على سرقتِهما.. قُطِعَ الآخرُ.

وَلَو أقرَّ العَبْدُ الْمَأْذُونُ بِسَرِقَةٍ.. قُطِعَ وَرُدَّت.

يعجز عنه، مع أنه يعتبر رجوعه شبهة دارئة إذا رجع، فكذا دعواه ذلك إلى أن تأديته إلى سد باب الحد ممنوع؛ فإن من يعلم هذا من السراق: أقل قليل.

(**وكذا**)؛ أي: لا يقطع (**لو ادعاه**)؛ أي: الملك (**أحد السارقين**)؛ لأن الرجوع عامل في حق الراجع مورث للشبهة في حق الآخر؛ لأن السرقة قد ثبتت بإقرارهما على الشركة، فيتحد.. فتعمل الشبهة فيهما.

(**ولو سرقا وغاب أحدهما، وشهد**) الشاهدان (**على سرقتهما.. قطع الآخر**)؛ أي: الحاضر؛ لأن الغيبة إنما تمنع ثبوت السرقة على الغائب؛ لعدم إمكان القضاء عليه.. فبقي معدوماً، والعدم لا يورث الشبهة، ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة باحتمال أنه لو حضر ربما يدعى الشبهة والسرقة واحدة.. فتعمل في حقهما؛ لأنها موهومة.

وهذا الاحتمال وجه ما روي عن أبي حنيفة أولاً: أنه لا يقطع، ثم رجع وقال: يقطع، وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

ثم لو حضر الغائب.. لا يقطع، إلا أن تعاد تلك البينة عليه، أو تثبت بينة أخرى.

(**ولو أقر العبد المأذون بسرقة.. قطع**)؛ سواء كان المال قائماً أو مستهلكاً؛ وسواء حضر المولى عند الإقرار، أو لم يحضر؛ لأن حضرة المولى عند الإقرار ليس بشرط اتفاقاً.

بخلاف ما إذا ثبتت سرقته بالبينة.. فإنه يقطع، ويرد المال إلى المسروق منه، ويشترط حضور المولى عند إقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد على ما في «البحر».

(**ورُدَّت**) السرقة إلى المسروق منه لو باقية.

وَكَذَا الْمَحْجُورُ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُقطَعُ وَلَا تُرَدُّ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: لَا يُقطَعُ وَلَا تُرَدُّ.

(وكذا) العَبْدُ **(المحجور عند الإمام، وعند أبي يوسف: يقطع، ولا تُرَدّ)**، بل تكون للمولى.

(وعند محمد: لا يقطع، ولا ترد)، بل تكون للمولى.

توضيح هذه المسألة: أن العبد إذا أقرّ بسرقة: فإما أن يكون العبد صغيراً وقت الإقرار، أو كبيراً، وكل منهما:

إما أن يكون محجوراً عليه، أو مأذوناً له.

وكلّ منهما على وجهين:

إما أن يكون المال قائماً بعينه، أو مستهلكاً.

وكل من ذلك على وجهين:

أما إن كذبه المولى، أو صدقه.

فإن كان صغيراً وقت الإقرار.. فلا قطع عليه أصلاً في الوجوه كلّها، غير أنّه إن كان مأذوناً له.. يرد المال إلى المسروق منه [٦٦٥/ب] إن كان قائماً، وإن كان هالكاً.. لا ضمان عليه، ولو بعد العتق.

وإن كان كبيراً؛ فإن صدّقه المولى.. يقطع، وهو مأذون له يقطع أيضاً عند الثلاثة؛ وهو سواء كان الإقرار بمال قائم، أو مستهلك، ويرد القائم إلى المسروق منه.

وإن كان محجوراً عليه؛ فإن أقرّ بمال مستهلك.. قطعت عند الثلاثة أيضاً، وإن أقر بمال قائم بعينه في يده.. فقال أبو حنيفة: يقطع ويرد المال إلى المسروق منه.

وقال أبو يوسف يقطع: ولا يرد، بل يكون للمولى.

وقال محمد: لا يقطع، ولا يرد، بل يكون للمولى، ويضمن مثله، أو قيمته بعد العتاق للمقر له.

وحكي عن الطحاوي هذه الأقوال الثلاثة مروية عن أبي حنيفة، فقوله الأول: أخذه محمد، ثم رجع، وقال كما قال أبو يوسف، ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه.

وأصل هذا الاختلاف: أن القطع أصل، أو المال:

فقال أبو حنيفة: القطع أصل والمال تبع:

بدليل أنّ بالقطع يسقط عصمة المال وتقومه في حق السارق، ولو كان أصلاً.. لما تغيّر حاله من التقوم إلى غيره بالقطع.

وبدليل: أن القطع يستوفى بعد استهلاك المال.

وبدليل: أنه لو قال: أبغي المال، ولا أبغي القطع.. لم يسقط القطع.

وقال أبو يوسف: كل منهما أصل:

أما أصالة القطع: فبدليل أن الحر إذا أقرّ وقال: سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو، وكذبه عمرو.. يصح إقراره في حق القطع دون المال.

وأما أصالة المال: فلأنه إذا سرق ما دون العشرة.. لا يقطع، والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل.. لوجب القطع بدونها؛ لأنه محض حق الله تعالى وهو يستوفي بلا طلب.

وقال محمد: المال أصل، والقطع تبع بدليل ما ذكر في وجه أبي يوسف في أصالة المال.

وقال زفر: لا يقطع فيما إذا كذبه المولى؛ سواء كان مأذوناً، أو محجوراً، والمال قائم أو مستهلك؛ بناءً على أن الأصل عنده: أن إقرار العبد على نفسه بالحد والقصاص.. لا يصح؛ لأن نفسه وأطرافه ملك للمولى، فيكون إقراره بها إقراراً على

وَمَن قُطِعَ بِسَرِقَةٍ وَالْعينُ قَائِمَةٌ.. ردَّهَا، وَإِن لم تكن قَائِمَةً.. فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَإِنِ استهلكَهَا.

المولى.. فلا يقبل، إلا أن المأذون يؤاخذ بالضمان في المستهلك وبالمال في القائم؛ لأن الإقرار منه صحيح؛ لكونه مسلّطاً عليه من جهة المولى، والمحجور عليه.. لا يصح إقراره بالمال أيضاً.

قلنا: إن إقراره، وإن لم يكن صحيحاً من حيث إنه مملوك للمولى.. لكنه صحيح من حيث إنه آدميّ مخاطب، ثم يسري إلى المالية.. فيصح من حيث إنّه مال أيضاً؛ لأن آدميته لا تنفك عن ماليته، ولأنّه [٦٦٦/أ] لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه الإضرار، ومثل هذا الإقرار مقبول على الغير.

ثم وجه محمّد في المحجور عليه: أنّ إقراره بالمال باطل، فيبقى المقر به على ملك المولى، فلا يقطع في سرقة ماله؛ لأن المال أصل والقطع تبع عنده؛ فإذا بطل إقراره في الأصل.. بطل في التبع أيضاً.

بخلاف المأذون: لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح، فصح في حقّ القطع أيضاً تبعاً له.

ولأبي يوسف: أنه أقر بشيئين: القطع على نفسه.. فيصحّ لما ذكرناه، والمال على مولاه.. فلا يصحّ في حقّه، والقطع أصل مستحق بدون المال لا تبعية بينهما عنده.. فلا يكون تابعاً؛ لإقراره القطع.

ولأبي حنيفة: أنّ الإقرار بالقطع قد صحّ منه لما ذكرناه، فيصحّ بالمال أيضاً تبعاً له؛ لأنه تبع عنده على ما أصلناه.

(**ومن قطع بسرقة والعين قائمة.. ردّها**) إلى صاحبها؛ لبقائها على ملك صاحبه، وكذا لو باعه، أو وهبه.. يؤخذ من المشتري والموهوب له، كذا في «فتح القدير».

(**وإن لم تكن قائمة.. فلا ضمان عليه وإن**) - وصلية - (**استهلكها**) على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور، وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشمني ومكحول وابن سيرين.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمن في المستهلك لا الهالك.

وقال الشافعي: يضمن في الهالك والمستهلك، وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث.

وقال مالك: إن كان السّارق موسراً.. ضمن، وإن كان معسراً.. لا ضمان عليه نظراً للجانبين.

قلنا: المضمون لا يختلف بين أن يكون موسراً ومعسراً، وإنما يؤثّر الإعسار في التأخير لا غير.

ووجه الشافعي: عموم: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ و: «على اليد ما أخذت حتى ترد»؛ ولأنه أتلف مالاً مملوكاً عدواناً. فيضمنه، قياساً على الغصب.

والمانع: إنما هو منافاة بين حقّي القطع والضمان، ولا منافاة؛ لأنهما حقّان بسببين مختلفين:

أحدهما: حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة.

والآخر: حق الضرر، فيقطع حقاً لله تعالى، ويضمن حقاً للعبد، وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم، يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقّا للعبد؛ وكشرب خمر الذمي على قولكم فإنكم تحدونه حقاً لله تعالى، وتغرمونه قيمتها حقاً للذمي.

ولنا: ما رواه الدارقطني أنه ﷺ قال: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه»، وفي رواية البزار: «لا يضمن السّارق سرقته بعد إقامة الحد».

ولأن وجوب الضّمان [٦٦٦/ب] ينافي القطع؛ لأنه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ، فتبيّن أنه أخذ ملكه، ولا قطع في ملكه، لكن القطع ثابت قطعاً.. فما يؤدّي إلى انتفائه.. فهو المنتفي، والمؤدى إليه هو الضمان، فينتفي، ولأن المسروق لا يبقى مع وجوب القطع معصوماً حقاً للعبد؛ إذ لو بقي كذلك.. لكان

مباحاً في نفسه، وإنما حرم لمصلحة العبد؛ لما عرف بالاستقراء: أن ما هو معصوم حقاً للعبد.. فهو مباح في نفسه.

وإنما حرم لحق العبد.. فتكون إباحته الذاتية شبهة دارئة للقطع؛ لأن الشبهة ليست إلّا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه، لكن وجوب القطع ثابت إجماعاً.. فيجب أن يكون المسروق معصوماً لحق الشرع فقط ليمكن القطع؛ إذ لو كان معصوماً لحق العبد.. لتمكنت الشبهة في القطع كما ترى، وما كان معصوماً لحق الشرع.. لا ضمان فيه، فصار المسروق كالميتة وخمر المسلم فيما هو حق الله تعالى؛ أعني: الحرمة.

فإن قيل: قد يكون الشيء حراماً لغيره ولنفسه معاً؛ كالزنا في نهار رمضان، فيجوز أن يكون المسروق أيضاً حراماً لنفسه ولغيره معاً، لا مباحاً في نفسه.. فيجوز اجتماع القطع والضمان.

قلنا: لا شك أنّ حرمة المال قبل السرقة لحقّ مالكه لا لنفسه؛ لأنه في نفسه خلق مباح الأصل، ثم حرم لحقّ مالكه، وهذا ينافي القطع؛ لأن إباحته الأصلية شبهة في سقوط الحدّ، ثم باتصال فعل السرقة به استخلص حرمته لله تعالى قبيل وقت السرقة؛ بدليل: إيجاب الشرع القطع خالص حق الله تعالى، فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقّه خالصاً بلا شبهة، وذلك بأن يكون حرمته خالصاً لله تعالى.. فلا مجال لأن تكون حرمته لغيره ولنفسه معاً، ثم علمنا ذلك أي انتقال حرمته من الكون للعبد إلى الكون لله تعالى فقط قبيل وقت السرقة بإيجاب الشرع القطع؛ لأن القطع؛ لا يكون إلا لخالص حق الله تعالى.

نظيره: أنّ الأب ملكه الله تعالى جارية ابنه قبيل وطئه إيّاها من غير تمليك من الابن له، وعلمنا ذلك بثبوت النسب من الأب بدعواه؛ لأن النّسب لا يثبت إلّا في الملك.

فإن قيل: إن العصمة لمّا انتقلت إلى الله تعالى وصارت الحرمة لمحض حق الله تعالى كالميتة.. وجب أن لا يجب الضمان أصلاً لا في الهالك، ولا في المستهلك، فما وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة: وجوب الضمان في المستهلك على ما نقلناه؟!

قلنا: سقوط العصمة من العبد إلى الله تعالى إنما كانت لضرورة تحقق القطع، وما ثبت بالضرورة [٦٦٧/أ].. يقتصر على مورده وهو السّرقة، فلا يتعدّى إلى فعل آخر وهو الاستهلاك؛ لأنه لا ضرورة في حقّه؛ لأنه ليس القطع، ولا من لوازمه.. فتكون العصمة باقية بالنسبة إلى الاستهلاك؛ سواء كان المستهلك سارقاً أو غيره.. فيضمنه.

فإن قيل: إن العصمة إذا لم تسقط بالنسبة إلى الاستهلاك.. فشبهة كونه حراماً لغيره.. لم تسقط ضمان الاستهلاك.

قلنا: إن الشبهة الدارئة إنما تعتبر في الأسباب؛ لعمل الدّرء؛ كالسّرقة سبب للقطع لا غير السبب، والاستهلاك ليس بسبب.. فلا تعتبر فيه الشبهة.

فإن قيل: إذا لم تعتبر الشبهة في الاستهلاك.. ليس بسبب.. فلا تعتبر فيه الشبهة.

فإن قيل: إذا لم تعتبر الشبهة في الاستهلاك.. فما وجه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة من عدم الضمان فيها؟

قلنا: إنه اعتبر الاستهلاك من تمام المقصود بالسرقة وهو الصرف إلى حوائجه؛ لأنه إنما سرقه ليصرفه إلى حوائجه.. فكان من قبيل السبب لا أنه فعل آخر؛ كما اعتبر كذلك في رواية الحسن.

وَإِن سرقَ سَرقاتٍ فَقُطِعَ بكُلِّها أَو بَعْضِهَا.. لَا يضمنُ شَيْئاً مِنْهَا.
وَقَالا: يضمنُ مَا لم يُقطَع بِهِ.

فإذا اعتبر من تمام المقصود بالسرقة.. كانت الشبهة معتبرة فيه؛ لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السّبب، ولأن سقوط العصمة في الهلاك يستلزم سقوطها في الاستهلاك أيضاً بالضرورة، وإلا.. لوجب الضمان فيه.

والضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص، ولكن المماثلة منتفية ههنا؛ لأن المضمون به مال معصوم في صورتي الهلاك والاستهلاك.

والمضمون وهو المسروق: معصوم في صورة الاستهلاك فقط على ذلك التقدير دون صورة الهلاك، ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة، ولو اختلفا في الاستهلاك.. فالقول قول السارق بلا يمين كما في الملتقط.

(**وإن سرق سرقات فقطع بكلّها**)؛ أي: بكل السرقات بأن حضروا جميعاً فقطع بخصومتهم، (**أو بعضها**) بأن حضر واحد فقطع بخصومته والباقي غائب (.. **لا يضمن شيئاً منها**)؛ أي: من السّرقات.

أما في الصّورة الأولى.. فبالاتفاق، وأما في الصورة الثانية.. فعلى قول أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن**)؛ أي: في الصورة الثانية.

(**ما**)؛ أي: سرقه (**لم يقطع به**)، ففي كلامه نوع اشتباه لها في الخلافية: أن الحاضر ليس بنائب من الغائب.. فلا خصومة له في حق الغائب، ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة، فلم تظهر من الغائب.. فلم يقع القطع لهم، فبقيت أموالهم معصومة لهم فيضمن.

ولأبي حنيفة: أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى؛ لأن مبنى الحدود على [٦٦٧/ب] التداخل، والخصومة شرط لظهورها عند القاضي، وقد ظهر عنده

وَلَو سرقَ ثوباً فشقَّهُ فِي الدَّارِ ثمَّ أَخرجَهُ.. قُطِعَ، ....

بخصومة الواحد؛ فإذا استوفى.. فالمستوفى كل الواجب، ألا ترى أن نفعه - وهو الانزجار - يرجع إلى الكل فيقع عن الكلّ؟

وعلى هذا الخلاف: لو سرق من شخص واحد نصباً متعددة مراراً، فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك:

فعند أبي حنيفة: لا يضمن النصب الباقية، وعندهما: يضمن.

(**ولو سرق ثوباً فشقه في الدار، ثم أخرجه.. قطع**) هذا شروع في بيان ما يسقط به القطع بسبب إحداث الصنعة للشبهة بعد بيان أحكام السرقة وكيفية القطع؛ يعني: لو سرق ثوباً وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار، ثم أخرجه وقيمته تساوي عشرة دراهم بعد الشق.. لم يقطع بالاتفاق.

وعن أبي يوسف: أنه لا يقطع، وإن كان لا يساوي عشرة دراهم بعد الشق.. لم يقطع بالاتفاق، وإن شقه بعد الإخراج وهو يساوي عشرة.. قطع بالاتفاق؛ لتمام السرقة على النصاب.

وجه قول أبي يوسف: أن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك؛ إذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السّارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك، وكل ما انعقد فيه للسارق سبب الملك لا يقطع به؛ كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع، ثم أسقط البائع الخيار وفسخ البيع.. فإنه لا يقطع؛ بجامع أن السّرقة تمّت على عين غير مملوكة للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك.

ولهما: أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعاً، وإنما هو سبب للضمان، بل السّبب للملك إنّما يثبت عند اختيار التضمين وهو أداء الضمان؛ كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد، وثبوت مجرد ولاية التضمين للمالك ليس سبباً للملك، وإنما تكون هذه الولاية سبباً للملك فيما إذا كان التصرف موضوعاً لإفادة الملك؛ كالبيع في المقيس عليه، لا فيما وضع سبباً للضمان؛ كالشق فيما نحن فيه.

وإذا كان السبب للملك هو أداء الضمان.. فشقه لا يورث شبهة، وإلا.. لزم أن يورث الآخذ نفسه شبهة أيضاً؛ لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان، فصار نظير ما إذا سرق البائع ما باعه معيباً ولم يعلم المشتري العيب.. فإنه يقطع وإن انعقد سبب الرد الذي به يثبت الملك للبائع وهو العيب ، وكذلك يقطع فيما نحن فيه وإن انعقد فيه سبب الضمان وهو الشق، لا نظير ما قيس عليه.

وهذا الخلاف فيما [٦٦٨/أ] إذا اختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب، وفيما إذا كان النقصان فاحشاً.

وإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه.. لا يقطع بالاتفاق؛ لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ.. فصار كما إذا ملكه بالهبة، بل أولى لاستناده واقتصار الهبة.

وإن كان النقصان يسيراً.. قطع بالاتفاق؛ لانعدام سبب الملك؛ لعدم اختيار تضمين كلّ القيمة وترك الثوب عليه، بل له تضمين النقصان.

واعلم: أن الخرق قد يكون يسيراً، وقد يكون فاحشاً، وقد يكون إتلافاً واستهلاكاً، وفيه يجب ضمان كلّ القيمة بلا خيار؛ لأنه استهلاك، وعلى هذا: لا يقطع؛ لأنه ما تمت السرقة إلّا بما يملكه بالضمان، وحدُّ هذا الخرق على ما ذكره «الزيلعي» و«فتح القدير» عن التمرتاشي: أن ينقص أكثر من نصف القيمة.

وأما الخرق.. الفاحش.. فاختلف في حدّه:

قيل: ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً: فاحش، وما دونه: يسير، وما فوقه: استهلاك؛ لأن للأكثر حكم الكلّ.

قوله فصاعداً؛ يعني به: ما لم ينته إلى ما به يصير إتلافاً.

وقيل: إن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة، واليسير: ما يفوت به شيء من المنفعة، بل يتعيب به فقط وهو الصحيح. على ما في «الزيلعي» و«فتح القدير».

فإن كان الخرق استهلاكاً.. فله تضمين كل القيمة، وليس له القطع.

وإن كان فاحشاً.. فله تضمين كل القيمة فيسقط القطع، وله تضمين النقصان مع القطع.

وإن كان يسيراً.. فله تضمين النقصان مع القطع.

وأورد على القطع مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق الفاحش، واليسير: أنّ فيه جمعاً بين القطع والضمان.

وأجيب عنه: بأنهما إنما لا يجتمعان؛ كيلا يؤدي إلى الجمع بين جزء الفعل وبدل المحلّ في جناية واحدة، وهنا لا يؤدي إليه؛ إذ القطع يجب بالسرقة، وضمان النقصان بالخرق، والخرق ليس من السرقة في شيء.

ونوقض هذا الجواب بالاستهلاك؛ بأنه فعل غير السرقة، مع أنه لا يجب به الضمان على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة؛ لسقوط عصمة المسروق بالقطع على ما تقدم.

فكذا هنا تسقط عصمة المسروق بالقطع، فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان؛ كيلا يجتمع القطع مع الضمان.

وعن هذا فأقول: في «الفوائد الجنازية»: وفي الصحيح: لا يضمن النقصان؛ كيلا يجتمع القطع مع الضمان؛ ولأنه لو ضمن النقصان.. يملك ما ضمنه، فيكون هذا الثوب مشتركاً بينهما، فلا يجب القطع، لكنه يجب بالإجماع [٦٦٨/ب].. فلا يضمن النّقصان.

وقال في «فتح القدير»: والحق أنه يقطع ويضمن النقصان.

لَا إِن سرقَ شَاةً فذبَحَها ثمَّ أَخرجَهَا.

وَلَو ضربَ الْمَسْرُوقَ دَرَاهِمَ أَو دَنَانِيرَ.. قُطِعَ وردَّهَا، وَعِنْدَهُمَا: لَا يردُّهَا.

وأجاب عن المنتقض بالاستهلاك: بأن الاستهلاك هنا بعد السّرقة؛ بأن سرق واستهلك المسروق، وما نحن فيه: ما إذا نقص قبل تمام السّرقة؛ فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة، ثم إذا أخرجه من الحرز.. كان المسروق هو الناقص، فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه إيّاه.

ويؤيّد هذا الجواب: ما ذكره «قاضي خان» قال: فإن كان الخرق يسيراً.. يقطع ويضمن النقصان، أما القطع.. فلأنه أخرج نصاباً كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان.. فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الإخراج الذي به تتم السّرقة، ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع؛ لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج، والقطع بإخراج الباقي.. فلا يمنع؛ كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت، وأخرج الآخر وقيمته نصاب.

ومنه ظهر الجواب عن قول الباحث: يملك ما ضمنه.. فيكون الثوب مشتركاً بينهما، وهو: أن عند السرقة - وهو الإخراج من البيت - ما كان له ملك في المخرج؛ فإن الجزء الذي ملكه بالضمان: هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها، وحين وردت السرقة.. وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له.. فلا اشتراك.

(**لا إن سرق شاة فذبحها، ثم أخرجها**)؛ لأن السرقة تمّت على اللحم، ولا قطع فيه على ما تقدّم، لكنه يضمن قيمتها للمسروق.

(**ولو ضرب المسروق دراهم، أو دنانير**)؛ أي: لو سرق فضة، أو ذهباً وجعله دراهم أو دنانير مضروبة (.. **قطع، وردّها**) إلى المسروق منه عند أبي حنيفة والشافعي ومالك.

(**وعندهما: لا يردّها**). هذا الخلاف مبني على خلاف آخر، وهو: ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم؛ أو حلياً.. لا ينقطع حق المغصوب منه عند أبي حنيفة، وينقطع

وَلَو صبغَهُ أَحْمَرَ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ وَلَا يضمنُهُ، وَعند مُحَمَّدٍ: يُؤْخَذُ مِنْهُ وَيُعْطى مَا زَاد الصَّبْغُ، ....

عندهما.. فكذا هنا: لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة عنده.. فيقطع.

لهما: أنّ هذه صنعة تتبدل بها العين اسماً وحكماً ومقصوداً، وكل ما كان كذلك.. ينقطع به حق المالك؛ كما لو غصب حديداً، أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية.. فإنه يتبدل عيناً واسماً وحكماً.

ولأبي حنيفة: أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين؛ لإمكان إعادة المسروق إلى الحالة الأولى بإزالتهما، والصنعة غير متقوّمة هنا، حتى لو كسر إبريق ذهب أو فضة.. لم يكن للمالك أخذ عينه وتضمين الصنعة، والعين [٦٦٩/أ] المسروقة متقومة، ولا الاسم متبدّل هنا، وإنما حدث اسم آخر مع اسم الذهب والفضّة.. فكان اعتبار الباقي المتقوم: أولى من اعتبار الزائل الغير المتقوم الحادث؛ فإذا اعتبر المسروق باقياً عيناً واسماً.. يرد إلى صاحبه.

ولو سلم أن الصنعة متقومة والاسم متبدّل.. لكن الشرع لم يعتبرها موجودة؛ بدليل: أنه لم يتغير بها حكم الرّبا، حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضةً بأحد عشر فضّةً، فكان المسروق باقياً حكمياً فيرد إلى صاحبه وأمّا وجوب القطع.. فظاهر على قول أبي حنيفة؛ لأن السارق لم يملكه على قوله؛ لبقائه عيناً واسماً وحكماً.

وأما على قولهما: فقد قيل: لا يقطع؛ لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل القطع، لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة.

وقيل: يقطع، ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق؛ لأنه بالصنعة صار شيئاً آخر، فقد استهلك المسروق، ثم قطع.. فلا شيء عليه، وهو الأصح على ما صرح به في «الجامع الصغير»، فلذا اختاره المصنف.

(**ولو صبغه أحمر.. لا يؤخذ منه، ولا يضمنه**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمّد: يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ**) وهو قول مالك والشافعي وأحمد.

اختلفت عباراتهم في تصوير هذه المسألة: ففي «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط» و«الكافي»: أنه لو سرق ثوباً فصبغه أحمر فقطع.. لا يجب عليه ردّه، ولا ضمانه.

وقال في «الهداية»: ومن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر.. لم يؤخذ منه الثوب، ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع، على خلاف ما في «المحيط» و«الكافي».

وهكذا ذكره صاحب «النهاية»، وقال: فقطع فيه، ثم صبغه أحمر، واستدل عليه بلفظ محمد في «الجامع الصغير»؛ حيث قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر - قال: ليس لصاحبه عليه سبيل، ولا ضمان على السارق.

هذا كلامه، ورد عليه في «العناية»، بأنه ليس في لفظ «الجامع الصغير» ما يدل على ما ذكره؛ لأن «الواو» في قوله: «وقد صبغه» للحال، وهو لا يدل على التعقيب، فقوله: «ثم صبغه».. مما لا دليل عليه، فالأولى: أن يستدل بقول محمد في «الجامع الصغير» على عدم الفرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده؛ كما في «الزيلعي»، لا على تأخير الصبغ عن القطع.

ويؤيده: ما وقع في بعض روايات «الجامع الصغير»؛ حيث قال فيه: ولو سرق ثوباً فصبغه أحمر فقطع.. لم يؤخذ منه الثوب على طبق ما في «المحيط» و«الكافي» [٦٦٩/ب].

ولمحمد: اعتباره بالغصب بجامع كون الثوب أصلاً قائماً، وكون الصبغ تابعاً له، فكان اعتبار الأصل أولى؛ كما في الغصب.

ولهما أن السبق قائم صورة ومعنى؛ أما صورة.. فظاهر، وأما معنى.. فلأنّ المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغاً.. ضمن الصبغ، وحق المالك في الثوب قائم صورة - لتمكنه من الاسترداد - لا معنى؛ لأنه غير مضمون على السارق بالهلاك أو

وَإِن صبغَهُ أسودَ.. أُخِذَ مِنْهُ وَلَا يُعْطى شَيْئاً، وَحكمهما فِيهِ.........

الاستهلاك.. فكان ترجيح جانب السارق أولى؛ لأن الترجيح بالوجود: ذاتي، وبالأصالة والتبعية: ترجيح حالي، والذاتي مقدم على الحالي؛ لكونه أسبق.

بخلاف الغصب؛ لأن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، فرّجحنا جانب المالك بكون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً.

وجعل في «الاختيار شرح المختار» قول أبي يوسف مع محمد؛ حيث قال: قال أبو حنيفة: يقطع السارق، ولا سبيل للمسروق منه على العين المسروقة.

وقالا: يأخذه ويعطي ما زاد الصبغ؛ لأن المالك مخيّر بين تضمين الثوب، وبين أخذه وضمان الزيادة، وقد تعذّر التضمين بالقطع.. فتعين أخذه وضمان الزيادة.

ولأبي حنيفة: أنه لا يجوز تضمين الثوب بعد القطع لما مر، ولو رد الثوب.. يصير السارق شريكاً فيه بسبب متقدم على القطع وهو الصبغ، وسرقة العين المشتركة.. تسقط القطع ابتداء؛ فإذا وجد القطع.. لم يجز إثبات ما ينافيه، وليس كذلك إذا صبغه بعد القطع؛ لأن الشركة بعد القطع لا تسقط القطع. انتهى.

فظهر منه: أن بين كون الصبغ بعد القطع، وبين كونه قبل القطع فرقاً، فلا يصح الاستدلال بما ذكره محمد في «الجامع الصغير» على عدم الفرق بينهما؛ كما استدل به «الزيلعي» على ما ذكرناه.

(**وإن صبغه أسود.. أخذ منه، ولا يعطى شيئاً**) هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يؤخذ؛ لأن السّواد زيادة عنده كالحمرة.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن السواد عنده نقصان، فلم يكن حق السارق قائماً فيه معنى.. فلا يوجب انقطاع حق المالك.

وأما عند محمد: فلأن السواد عنده وإن كان زيادة كالحمرة.. لكنه لا يقطع حق المالك عنده، وبهذا يمتاز عن أبي يوسف.

(**وحكمهما**)؛ أي: حكم أبي يوسف ومحمد (**فيه**)؛ أي: في السواد.

كحكمِهِما فِي الْأَحْمَرِ.

(**كحكمهما في الأحمر**)؛ أي: في كون السواد زيادة كالحمرة، لكنه ينقطع عند محمد، بل يرد ويأخذ ما زاد الصنع عنده.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «شرح الطحاوي»[٦٧٠/أ]: ولو سرق سويقاً فلتّه بسمن أو عسل.. فهو مثل الاختلاف في الصبغ الأحمر: ليس للمالك على السّارق سبيل في السّويق عندهما، وعند محمّد: يأخذه ويعطي ما زاد السّمن والعسل. والله أعلم .

* * *

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيقِ)

(بَابُ قَطْعِ الطَّرِيق)

أخَّره عن السَّرقة؛ لأنه ليس سرقة مُطْلقة، ولذا لا يتبادر من الإطلاق لفظ السَّرِقة، بل إنما يتبادر منه: الأخذ خفية من الناس، لكنه أطلق على قطع الطّريق اسم السرقة مجازاً؛ لضرب من الإخفاء، وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطّريق، فكانت السّرقة فيه مجازاً.. فأخّره عنها.

وأيضاً: لا يطلق عليه السرقة إلّا مقيّدة فيقال: السرقة الكبرى، والمقيّد: مؤخّر عن المطلق.

وأما تسمية الكبرى: فلأن ضرره على أصحاب الأموال وعلى عامّة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصّغرى يخصّ الملّاك، ولهذا غلظ الحدّ في حدّ قطّاع الطريق على ما سيأتي؛ ولأنه أخذ الأموال من السّلطان الأعظم الذي إليه حفظ الطّريق، أو ممن نصبه للحفظ، فكان أعظم جناية.. فسمّي بالكبرى.

وقالوا: إنّ ما يختصّ به من الشروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون قوم لهم قوّة وشوكة ينقطع بهم الطّريق، أو يكون واحد كذلك.

والثاني: أن لا يكون في مصر، ولا في القرى، ولا في مصرين، ولا بين القريتين.

والثالث: أن يكون بينهم وبين المصر أو القرية مسيرة سفر؛ لأن قطع الطّريق إنما يكون بانقطاع المارّة، ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق؛ لأنهم يلحقهم الغوث من جهة الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة.. فلا يترك المرور والاستقرار.

مَن قصدَ قطعَ الطَّرِيقِ ....

وعن أبي يوسف: إنهم لو كانوا في المصر ليلاً أو فيما بينهم وبين المصر أو القرية أقل من مسيرة سفر.. يجري عليهم أحكام قطاع الطّريق، وعليه الفتوى لمصلحة النّاس، وهي دفع شرّ المتغلبة المتلصّصة. كذا في «الزيلعي».

وهذه هي الشروط المختصة به، ويشترط فيه جميع ما شرط في السّرقة الصغرى؛ من كونه: عاقلاً، بالغاً، وأن يكون في دار الإسلام، وأجنبيّاً عن صاحب المال... إلى غير ذلك من الشروط المذكورة في الصّغرى.

واعلم: أنّ أحوال قاطع الطريق بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة:

أحدها: أن يؤخذ قبل أن يأخذ مالاً ويقتل نفساً، بل لم يوجد منه سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذ [٦٧٠/ب]؛ فحكمه: أن يعزر ويحبس إلى أن يظهر التوبة في الحبس أو يموت.

والثاني: أن يؤخذ بعدما أخذ مال مسلم أو ذمي ولم يقتل، والمأخوذُ إذا قُسم.. أصاب كلّ واحد منهم نصاباً؛ فحكمه: أن يقطع الإمام يد كلّ منهم اليمنى ورجله اليسرى.

والثالث: أن يؤخذ بعدما قتل مسلماً أو ذميّاً ولم يأخذ مالاً؛ فحكمه: أن يقتله الإمام حدّاً.

والرابع: أن يؤخذ بعدما قتل نفسا من مسلم أو ذمي وأخذ مالاً منهم.. فالإمام فيه مخيّر على ما سيأتي تفصيله.

ولهم حالة خامسة بالنسبة على ما هو أعمّ من الحكم الشرعي على ما سيأتي ذكرها.

وكلّ من هذه الأحوال الخمسة مع أحكامها مذكورة في الكتاب على هذا الترتيب:

فذكر الأولى بقوله: (**من قصد قطع الطريق**)؛ أي: خرج بقصد قطع الطريق؛

من مُسلِمٍ أَو ذمِّيٍ على مُسلِمٍ أَو ذمِّيٍ فَأُخِذَ قبلَهُ.. حُبِسَ حَتَّى يَتُوبَ.

وَإِن أَخذَ مَالاً وَحصلَ لكلِّ وَاحِدٍ نِصَابُ السَّرقَةِ.. قُطِعَ يَدُهُ الْيُمْنَى وَرجلُهُ الْيُسْرَى.

وَإِن قتلَ فَقَط وَلَو بعصاً..........................

سواء كان ذلك الخارج (**من مسلم**) حرّ أو عبد (**أو ذمي**) أو حربي على ما في «العناية» (**على مسلم**) حر أو عبد، الجار: متعلق بالقطع، (**أو ذمي**) وقيد الذمي مقيّد ههنا؛ لأن قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحدّ؛ لأن عصمة ماله ليست مؤبّدة، لكنه يعزر ويحبس باعتبار إخافة الطريق. كذا في «فتح القدير».

(**فأخذ قبله**) - راجع إلى المذكور حكماً، أي: قبل القطع بأخذ المال وقتل النفس - (**حبس حتى يتوب**) ويظهر فيه سيماء الصّلحاء.

قالوا: يعزّر ثم يحبس حتّى يتوب أو يموت؛ لمباشرته منكر الإخافة، وهذا بيان حكم الحالة الأولى من أحوالهم الأربعة.

ثم شرع في ذكر حالتهم الثانية بقوله: (**وإن أخذ مالاً وحصل لكلّ واحد نصاب السرقة**) قيّده به؛ كيلا يستباح طرفه إلّا بتناوله مالاً له خطر عظيم، وهذا حجّة على مالك في قوله: بأن الشرط كون المأخوذ نصاباً بإصابة كل منهم نصاباً.

وعن الحسن بن زياد: لا بد أن يكون نصيب كل منهم عشرين درهماً فصاعداً؛ لأن التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق بأخذها عضواً واحداً، وههنا: المستحق عضوان، ولا يقطع للعضوان في السرقة إلا في عشرين درهماً، والصحيح: هو الأوّل؛ لأن تغلّط الحدّ ههنا باعتبار تغلظ فعلهم المحاربة وقطع الطريق.. لا باعتبار كثرة المال المأخوذ، ففي النصاب: هذا الحد وحد السّرقة سواء.

(.. **قطع يده اليمنى ورجله اليسرى**) كي لا يفوت جنس المنفعة، وهذا حكم حالتهم الثانية.

ثم شرع في ذكر حالتهم الثالثة بقوله: (**وإن قتل فقط، ولو بعصاً** [٦٧١/أ]

أَو حَجَرٍ.. قتل حدّاً، فَلَا يعْتَبرُ عَفْوُ الْوَلِيّ.

وَإِن قتلَ وَأخذَ مَالاً.. قُطِعَ وَقُتِلَ وصُلِبَ. أَو قتلَ أَو صَلَبَ.

أو حجر.. قتل حدّاً)؛ أي: لا قصاصاً، حتى لو عفا ولي المقتول.. لا يقبل عفوه؛ لأن الحدّ خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره، فمتى عفا الولي عصى الله تعالى، بخلاف القصاص.. فإنه حقّ الأولياء؛ فيعتبر عفوهم.

وفي «التاتارخانية»: نقلاً عن «الينابيع»: إن المراد بالقتل حدّاً ههنا: هو القتل سياسة لا قصاصاً. انتهى.

يعني: أنّ ذكر الحدّ احتراز عن القصاص لا عن السياسة، وهو الظاهر من «فتح القدير» و«البحر» أيضاً، ولهذا قال بالفاء التفريعية: (**فلا يعتبر عفو الولي**). كذا في «الهداية» وغيرها.

وقال في «قاضي خان»: وإن قتل ولم يأخذ المال.. قتل قصاصاً.

وقال في «فتح القدير»: معناه - أي معنى ما في «قاضي خان» -: إذا أمكنه أخذ المال، فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل.. فإن فيه يقتل قصاصاً لا حدّاً، خلافاً لعيسى بن ابّان؛ فإنه قال: يقتل حدّاً على ما سيأتي نظيره عند قول المصنف: «والحق للولي إن شاء عفا». انتهى.

ثم شرع في ذكر حالتهم الرابعة بقوله: (**وإن قتل وأخذ مالاً**) - أي مقدار النصاب؛ لأنه لو قتل وأخذ مالاً دون النصاب.. يقتل قصاصاً لا حداً إلا عند عيسى ابن أُبان على ما سيأتي ذكره - (**قطع وقتل وصلب، أو قتل، أو صلب**) والأصل في توزيع هذه الأجزئة على الجنايات المذكورة: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾؛ فإن المراد بهذه الآية: قطاع الطريق عند أكثر أهل التفسير.

سُمّي قاطع الطريق محارباً لله تعالى: لأن المسافر معتمد على الله تعالى، فالذي يُزيل أمنَهُ: مُحاربٌ لِمَنِ اعتُمِدَ عليه في تحصيل الأمن، فيكون محارباً.

أو: هو على حذف المضاف؛ أي: يحاربون عباد الله، مسلماً أو ذمياً.

وأما محاربته لرسوله؛ فإمّا باعتبار عصيان أمره، أو: باعتبار أن الرسول ﷺ هو الحافظ لطريق المسلمين، والخلفاء والملوك بعده نوابه؛ فإذا قطع الطريق الذي تولّى حفظها بنفسه وبنائبه.. فقد حاربه.

ثم المراد بها: توزيع الأجزئة المذكورة الأربع فيها على أنواع قطع الطّريق نقلا وعقلاً، وبه قال الشافعي والليث وإسحاق وقتادة وأصحاب أحمد.

أما النقل: فما رواه محمد بن الحسن، عن أبي يوسف، عن الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس: أن النبي ﷺ وادع أبا بردة هلال بن عُوَيْمرَ الأسلمي، فجاء [٦٧١/ب] أناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ بالحد فيهم: أن من قتل وأخذ مالاً.. صلب، ومن قتل ولم يأخذه.. قتل، ومن أخذ مالاً ولم يقتل.. قطعت يده ورجله من خلاف.

وفي رواية عطية عن ابن عباس: «ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال.. نفي».

فإن قيل: بنفس إرادة الإسلام لا يثبت الإسلام، ولا يخرج بها عن كونه حربيّاً، والحدّ لا يجب على قطع الطريق على الحرّبي وإن كان مستأمناً، فكيف يصح الاحتجاج به؟!

أجيب: بأنّ معناه: يريدون أحكام الإسلام.. فإنهم أسلموا وهاجروا، أو التعلم بأحكام الإسلام، ولو سلم أنه على ظاهره.. لكن من جاء على قصد الإسلام من داره ودخل دارنا: فهو بمنزلة أهل الذمة، والحد يجب على من قطع الطريق على أهل الذمة.

وَخَالَفَ مُحَمَّدٌ فِي الْقطعِ.

وأما العقل: فلأن المذكور في هذه الآية من القتل والصلب والقطع والنفي: كلّها أجزئة على جناية قطع الطريق، ومن المعلوم المقرر: أنّ هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظاً، وتتنوع إلى: تخويف، وأخذ مال، وقتل، وقتل وأخذ مال على ما ذكر، ولو عملنا بمحض إطلاق الآية بلا توزيع.. لزم جواز ترتيب أخف الأجزئة على أغلظ الجناية، وبالعكس، وهذا مخالف لقواعد الشرع، والعقل يوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ، والأخف للأخف؛ فيكون المراد بالنفي المذكور في الآية: هو الحبس - على ما فسّره المفسرون - جزاء لجناية خروجهم لإخافة الطريق من غير أخذ المال والقتل؛ لأن المحبوس كالمنفي عن جميع الأرض، ويكون القتل جزاء القتل، والقطع جزاء الأخذ، إلا أن هذا الأخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة؛ حيث كان مجاهرة ومكابرة مع إشهار السلاح.. جعل المرة منه كالمرتين في السرقة.. فقطع في الأخذ مرة: اليد والرجل معاً من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين؛ لأن الغلظ في هذه الجناية من جهة العقل لا من جهة متعلقه وهو المال المأخوذ.

ثم التخيير بين الثلاثة - أعني: **إن شاء الإمام** قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم، **وإن شاء** قتلهم بلا صلب وقطع، **وإن شاء** صلبهم أحياء ثم قتلهم - هو قول أبي حنيفة وزفر معه، وكذا أبو يوسف معه في رواية، وقال في رواية أخرى: لا بد من الصلب؛ للنص المذكور في الحد.. فلا يجوز ترك الحد كالقتل [٦٧٢/أ]، والمقصود منه: التشهير؛ ليعتبر به غيره، وذلك بالصلب.

وأجيب عنه: بأن أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب.. فيتخير فيه، ولم ينقل أنه ﷺ صلب العرنيين، ولا غيره صلب أحداً، مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب؛ فإن قوله: ﴿أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ إنما يفيد أن يقتلوا بلا صلب، أو يصلبوا بلا قتل، لكنه يقتل بعد الصلب مصلوباً بالإجماع. كذا في «فتح القدير».

(وخالف محمد في القطع) وقال: يقتل ويصلب، ولا يقطع.

وَيُصلَبُ حَيّاً ....

ذكر في روايات «المباسط» وشروح «الجامع الصغير»: أن أبا يوسف مع محمد، وبه قال مالكٍ والشافعي.

وأحمد مع أبي يوسف: في أنه لا بد من الصلب، ومع محمد: في أنه لا يقطع.

وجه قولهم: أنه جناية واحدة - وهي جناية قطع الطريق - فلا توجب حدين؛ ولأن ما دون النفس في باب الحد: يدخل في النفس؛ كحد السرقة والرجم إذا اجتمعا بأن سرق المحصن ثم زنى.. فإنه يرجم ولا يقطع اتفاقاً.

ولأبي حنيفة: أن هذه الجناية وإن كانت واحدة باعتبار أنه قطع الطريق.. فمجموع القطع والقتل أيضاً: عقوبة واحدة، وإنما تغلظت لتغلظ سببها؛ حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن على المال والنفس بأخذ المال والقتل وكونها أموراً متعددة.. لا تستلزم تعدد الحد في قطع الطريق.

ألا ترى أن قطع اليد والرجل فيها حدّ واحد وهو في الصغرى حدّان.

وما ذكروه من دخول ما دون النفس في النفس هو فيما إذا كانا حدين؛ أحدهما: غير النفس، والآخر: النفس؛ أما إذا كان ذلك حدّاً واحداً.. فلا، بل لا بد من إقامته.. فهي أجزاء حدّ واحد، غير أنه إن بدأ بالجزء الذي لا يتلف به النفس.. فُعل الآخر، وإن بدأ بما يتلف به.. لا يفعل الآخر؛ لانتفاء الفائدة وهي الضرب بعد الموت؛ فلذا لا تتداخل الجلدات في حدّ الزنا؛ لكونها حداً واحداً.

فإن قيل: إنهما لو كانا حدّاً واحداً.. لما جاز للإمام أن يدع القطع، كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات.

قلنا: جواز تركه ليس للتداخل، بل لعدم وجوب رعاية الترتيب فيه، فكان له أن يبدأ بالقتل فيسقط عنه القطع؛ لعدم الفائدة فيه بعد القتل.

(**وَيُصلَبُ حيّاً**) أي فيما إذا اختار الإمام صلبه.. يصلبه حيّاً، أو فيما إذا قلنا بلزوم الصلب على رواية أبي يوسف.. يصلبه حيّا.

وَيُبْعَجُ بَطْنُهُ بِرُمْحٍ حَتَّى يَمُوتَ، وَيُتْرَكُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَط.
وَيُرَدُّ مَا أَخذَهُ إِلَى مَالِكِهِ إِن بَاقِياً، وإِلَّا.. فَلَا ضَمَانَ.
وَلَو بَاشرَ الْفِعْلَ بَعضُهم.. حُدُّوا كلُّهم.

(**ويبعج بطنه برمح حتى يموت**) وهو المروي عن الكرخي.

وروي عن الطحاوي: أنه يقتل ثم يصلب.

قالوا: ما رواه الكرخي: أصحّ؛ لأن الصلب [٦٧٢/ب] على هذا الوجه أبلغ في الردع، ولأن المقصود: الزجر، وهو بما يحصل في الحياة لا بما يحصل بعد الموت، وذكر الطحاوي: التوقي عن المثلة؛ فإنها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف في محله.

(**ويترك**) مصلوباً (**ثلاثة أيام فقط**)؛ لأن بعد ذلك يتغير فيتأذى به الناس.

وعن أبي يوسف: أنه يترك على خشبة حتى ينقطع فيسقط فيعتبر به غيره.

قلنا: أصل الاعتبار حصل بما ذكرناه، والنهاية غير لازمة من النص، وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام، بل بمقدار متعارف.

(**ويرد ما أخذه إلى مالكه إن**) كان (**باقياً**) لبقاء ملكه فيه، (**وإلا.. فلا ضمان**) على القاطع اعتباراً بالسرقة الصغرى؛ فإنه لا ضمان على السارق بعد الهلاك على ما تقدم.

(**ولو باشر الفعل**) أي القتل وأخذ الأموال (**بعضهم**) والباقون وقوف، لم يقتلوا ولم يعينوا (**.. حدوا كلهم**)، ولو كانوا مئة.. فإنهم يقتلون بقتل واحد منهم؛ لأن القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص المذكور، والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض معاوناً للبعض، حتى إذا زلت أقدامهم.. انضموا إليهم.

وإنما الشرط: وجود القتل من واحد منهم، وقد وجد ذلك.

وَإِن أَخذَ مَالاً وجرحَ.. قُطِعَ مِن خِلافٍ، وَالْجُرْحُ هَدَرٌ.

وَإِن جَرَحَ فَقَط أَو قَتَلَ فَتَابَ قبلَ أَن يُؤْخَذَ.. فَلَا حدَّ، ....

وهذا لأن قتل قطاع الطريق ليس بطريق القصاص، بل بطريق الحد والسياسة على ما تقدم، فلا يشترط فيه المماثلة كما شرط في القصاص، فيستوي فيه المباشر وغير المباشر، والقتل بالسيف والعصا والحجر.

(**وإن أخذ مالاً وجرح.. قطع**) يده ورجله (**من خلاف، والجرح هدر**)؛ لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى.. سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال، وذلك لأن الأخذ والجرح فعل واحد، فلا يصير سبباً لحقين.

ولما ذكر أحوالهم الأربعة بالنسبة إلى الجزاء الشرعي.. شرع في بيان الحالة الخامسة لهم بالنسبة إلى غير الجزاء الشرعي فقال: (**وإن جرح فقط، أو قتل**) عمداً (**فتاب قبل أن يؤخذ.. فلا حد**)؛ أما الجرح: فلأنه لا حد فيه من قطع أو قتل أو صلب وهو ظاهر.

وأما القتل: فللاستثناء في قوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴾.

فإن قيل: ينبغي أن يصرف الاستثناء إلى ما يليه من قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ فِي ٱلْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾؛ كما في آية القذف من قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝٤ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾، فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة.

أجيب: بأن الجمل التي قبل الاستثناء كلها من جنس واحد في هذه الآية؛ إذ الكل [٦٧٣/أ] جزاء المحاربة، فيصرف الاستثناء إلى الكل، فيرتفع الكل بالتوبة، بخلاف الاستثناء في آية القذف؛ لأن الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة؛ إذ هي لا تصلح جزاء للقذف، وإنما هي إخبار عن حاله بأنه متصف بالفسق؛ فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل.. فيعود إليها فقط؛ فإذا لم يكن فيهما حد.. ظهر في الطرف والنفس حق العبد: فيستوفيه الولي، وإليه أشار بقوله:

وَالْحقُّ لِلْوَلِيِّ إِن شَاءَ.. عَفا، وَإِن شَاءَ.. أَخذَ بِمُوجَبِ الْجِنَايَةِ.

(**والحق للولي؛ إن شاء.. عفا، وإن شاء.. أخذ بموجب الجناية**)؛ جرحاً كانت الجناية أو قتلاً، فما كان من الجرح: يجري فيه القصاص.. اقتص، وما لا يجري فيه ذلك.. لزمه الأرش، وإن شاء.. عفا، وذلك إلى الأولياء على ما في «الهداية».

ورده في «البحر»: بأن ذلك للمجروح لا للولي. انتهى.

وإن كانت الجناية قتلاً؛ فإن شاء الأولياء.. قتلوه، وإن شاؤوا.. عفوا عنه؛ لأن هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به، وحينئذ: لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه؛ لأن القصاص لا يجري إلا به ونحوه؛ لقوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف» هذا في الجرح والقتل.

وكذا إذا كان أخذ مالاً ثم تاب قبل الأخذ؛ فإن صاحبه إن شاء.. تركه، وإن شاء.. ضمنه إن كان هالكاً، ويأخذه إن كان قائماً؛ لأنه لا يقطع بعد التوبة بسقوط الحد بالتوبة، فظهر حق العبد في ماله كما ظهر في النفس والطرف في صورة الجرح والقتل. كذا في «فتح القدير».

والذي ظهر منه: أن توبته تتم قبل رد المال إلى صاحبه، لكنه ذكر في «المبسوط» و«المحيط»: إن رد المال من تمام توبتهم؛ لينقطع به خصومة صاحبه.

ولو تاب ولم يرد المال.. لم يذكره في الكتاب، واختلفوا فيه:

فقيل: لا يسقط الحد؛ كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة.

وقيل: يسقط، أشار إليه محمد في «الأصل»؛ لأن التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء في النص المذكور.. فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص.

وبهذا القول اختار في «فتح القدير» فقال: يسقط القطع بالتوبة، ثم قال في «فتح القدير»: ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع إلى القصاص وتصرف الأولياء فيه وفي المال.. لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا، ولكن

وَكَذَا لَو كَانَ فيهم صبيٌّ أَو مَجْنُونٌ أَو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ منَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِ.

أخذوا من المال قليلاً لا يصيب كلاً منهم نصاب.. فإن الأمر في هذا القتل والجرح: إلى الأولياء أيضاً؛ إن شاؤوا [٦٧٣/ب].. قتلوا قصاصاً، وإن شاؤوا.. عفوا.

وكذا إذا أخذوا مع القتل أو الجرح شيئاً تافهاً من المال لا يجري فيه القطع، وهي التي يتسارع فيها الفساد.. فالأمر فيه إلى الأولياء أيضاً، على ما في «الزيلعي».

خلافاً لعيسى بن أبان، قال: يقتلهم الإمام حداً لا قصاصاً؛ لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئاً من المال.. قتلهم حداً لا قصاصاً على ما تقدم، فكذا فيما لو أخذ ما دون النصاب أو شيئاً تافهاً؛ لأن ما دون النصاب والشيء التافه: كالمعدوم؛ ولأنه تتغلظ جنايتهم بأخذ شيء من المال ولو قليلاً تافهاً..، فلا يسقط الحد.

والجواب عنه: أن وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود، وهم يقصدون بالقطع أخذ المال، وقتلهم ليس إلا ليصلوا إليه؛ فإذا تركوا أخذ المال.. عرفنا أن قصدهم القتل لا قطع الطريق؛ لأن قطعه ليس إلا للمال فيقتص منهم إن شاء الولي، وتجري فيه أحكام القصاص.

(وكذا لو كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه) الطريق أي: يسقط الحد عن الباقين، فيظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات.

أما الصبي والمجنون: فالمذكور فيهما قول أبي حنيفة ومحمد وزفر.

وقال أبو يوسف: إنه لو باشر العقلاء البالغون القتل.. يحد الباقون، وإن باشر الصبي أو المجنون.. فلا حد على الكل.

وعلى هذا: السرقة الصغرى إن باشر الصبي أو المجنون إخراج المتاع.. يسقط الحد عن الكل.

وإن باشر غيرهما.. قطعوا، إلا الصبي والمجنون.

لأبي يوسف: أن المباشر أصل والرداء تابع، ولا خلل في مباشرة العاقل البالغ، ولا اعتبار بالخلل في التبع، بخلاف عكسه وهو أن يباشر الصبي والمجنون؛ فإنه حينئذ ينعكس المعنى والحكم؛ أما المعنى وهو السقوط عن الأصل.. فحينئذٍ يكون في التبع؛ فإذا انعكس المعنى.. ينعكس الحكم أيضاً، وهو حد الباقين: فلا يحدون.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن قطع الطريق جناية واحدة قامت بالكل؛ فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً للحد بشبهة أو عدم تكليف.. لا يوجب في حق الباقين أيضاً؛ لأن فعل الباقين حينئذ بعض العلة، وببعض العلة لا يثبت الحكم؛ فصار كالخاطئ مع العامد إذا اجتمعا في قتل معصوم الدم.. يسقط القصاص عن العامد.

وأما ذو الرحم المحرم: فقال أبو بكر الرازي: إنما يسقط الحد عن الكل إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم، وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم، حتى لا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم، ويصير شبهة في نصيب الباقين.. فلا يجب الحد عليهم [٦٧٤/أ]؛ لأن المأخوذ شيء واحد؛ فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة.. يمتنع في حق الباقين أيضاً.

وأما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم، بل لكل واحد منهم مال مفرد:

فإن أخذوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالاً، ومن حرز أجنبي مالاً آخر.. يحدون باعتبار المأخوذ من الأجنبي؛ لأن الأخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره.

وإن أخذوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره.. لا يحدون؛ لأن مال ذي الرحم المحرم يصير شبهة في حق الباقين، وأما مال غيره فليس بمحرز؛ لأن المعتبر في قطع الطريق هو الحرز بالحافظ لا الحرز بالمكان.

وقال غيره: ليس بمحرز بالحافظ؛ لأن كل واحد يحفظ ماله، والأصح على ما في «الهداية» و«النهاية» و«العناية» و«الزيلعي»: أنه مجرى على إطلاقه، وليس بمقيد

بكون المال مشتركاً كما قاله الرازي، بل هم يحدون على كل حال؛ لأن مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد؛ لأنه محرز بحرز واحد وهو القافلة، والجناية واحدة: وهي قطع الطريق؛ فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين، بخلاف السرقة من حرزين؛ لأن كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكماً.

وإذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع.. لا يحدون كذي الرحم المحرم، وإذا سقط الحد.. كان القصاص والتضمين إلى الأولياء؛ لأنه حقهم ولم يوجد ما يسقطه.

فإن قيل: إن المستأمن مثل ذي رحم محرم من القطاع في أن قطع الطريق عليهم لا يوجب الحد، فينبغي أن يسقط الحد عن القافلة بوجود المستأمن فيهم؛ كما سقط عنهم بوجود ذي رحم محرم، مع أنه لم يسقط وجود المستأمن.

أجيب عنه: أن الامتناع في حق المستأمن لخلل في عصمة ماله، وهو يخص المستأمن، فلا يصير شبهة في حق غيره، وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق.. فيورث شبهة في الحرز؛ لأن القافلة بمنزلة بيت واحد، فكأن القريب سرق مال القريب ومال الأجنبي من بيت القريب؛ فإنه لا يقطع بشبهة تمكنت في الحرز.

ولم يذكر المصنف ما إذا كان فيهم عبد أو امرأة؛ فاختلفت فيه عباراتهم:

ففي «الخانية»: وإن كان فيهم عبد أو امرأة.. الحكم فيهما كالحكم في الرجال الأحرار؛ يعني: عليهما الحد كالرجال الأحرار.

ثم ذكر نقلاً عن «المنتقى» عن أبي حنيفة: أنه إذا كان فيهم امرأة قد باشرت القتل.. درأ الحد عنهم؛ يعني: [٦٧٤/ب] لا حد عليها، وقال: وهو قول محمد؛ لأن المرأة لا تكون محاربة، وصار كما لو كان معهم صبي أو مجنون.

وقال القدوري: أجمع أصحابنا: أنه لا يقام الحد على المرأة.

أَوِ قطعَ بعضُ الْقَافِلَةِ على بعضٍ،..............................

وذكر الطحاوي: أن الرجال والنساء في قطع الطريق على السواء.

وفي «المضمرات»: وهو خلاف ظاهر الروايات. انتهى.

فكان ظاهر الرواية: هو قول محمد من أنه لا حد على المرأة، ودرئ عن الباقين.

وجعله في «المحيط» قول أبي حنيفة ومحمد؛ حيث قال: وأما الرجال.. فلا حد عليهم عند أبي حنيفة ومحمد؛ أي: يسقط الحد عنهم.

وقال أبو يوسف: عليهم الحد؛ سواء باشروا معه أو لم يباشروا.

وذكر هشام في «نوادره» عن أبي يوسف: إذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة باشرت القتل وأخذت المال دون الرجال.. أقيم الحد على الرجال دون المرأة.

وفي «السراجية»: هو المختار.

وقال محمد: يقام عليها، ولا يقام عليهم.

وفي «المبسوط»: تابوا وفيهم عبد قطع يد حر، دفعه مولاه أو فداه، كما لو فعله في غير قطع الطريق، وهذا لأنه قصاص بين العبد والأحرار فيما دون النفس.. فيبقى حكم الدفع والفداء.

وإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك.. فعليها دية اليد في مالها؛ لأنه لا قصاص بين الرجال والنساء في الأطراف، والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة.

(**أو قطع بعض القافلة على بعض**)؛ لأن الحرز واحد وهو القافلة، فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في بيت واحد.. فلا يجب الحد؛ فإذا لم يجب الحد.. وجب القصاص في النفس إن قتل عمداً بحديدة أو بمثقل عندهما، أو رد المال إذا أخذه وهو قائم، وضمانه إن هلك أو استهلك.

أَو قطعَ الطَّرِيقَ لَيْلاً أَو نَهَاراً بِمصْرٍ أَو بَينَ مِصرَينِ.
وَمَن خَنَقَ فِي الْمصرِ غيرَ مرّةٍ قُتِلَ بِهِ، وإِلَّا.. فكالقتلِ بالمثقَّلِ.

(**أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين**). وقال الشافعي: إنه يكون قاطع الطريق بذلك لوجوده حقيقة.

وعن أبي يوسف: إنه يجب الحد إذا كان خارج المصر ولو بقربه؛ لأنه لا يلحقه الغوث؛ لأنه محارب، بل المحاربة هنا أغلظ من محاربته في المفازة.

وعنه: إنهم إن قاتلوا بالسلاح في المصر.. يجري عليهم أحكام قطاع الطريق؛ لأن السلاح لا يلبث، فلا يلحقهم الغوث.

وإن قصدوا بالحجر والخشب:

فإن كان خارج المصر.. فكذلك الحكم؛ لأن الغوث لا يلحقهم.

وإن كان في المصر؛ فإن كان بالليل.. فكذلك أيضاً؛ لأن الغوث لا يلحقهم، وإن كان بالنهار.. لا يجري حكم قطاع الطريق.

واستحسن المشايخ هذه الرواية، وبه يفتى.

والجواب عنه: أن قطع الطريق يقطع المارة، ولا يتحقق ذلك في المصر [٦٧٥/أ] وبقربه، ولا في القرية وبقربها، ولا بينهما؛ لأن الظاهر لحوق الغوث به، إلا أنهم يؤاخذون برد المال إلى صاحبه ويؤدبون بالحبس؛ لارتكابهم الجناية، ولو قتلوا.. فالأمر فيه إلى الأولياء.

(**ومن خنق في المصر غير مرة.. قتل به**) أي سياسة وحداً؛ لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد، فيدفع شره بالقتل. كذا في «الزيلعي».

(**وإلا**) أي: وإن لم يتكرر.. (**فكالقتل بالمثقل**)، ففيه الدية على عاقلته لا القصاص على ما سيأتي في الجنايات.

وفي التشبيه إشارة إلى أنه ليس عين مسألة القتل بالمثقل كما ظن، بل هو مثلها في ثبوت الشبهة عند أبي حنيفة في العمد؛ حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب

التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل، أو قصد المبالغة في إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك.

هذا واعلم: إن استيفاء الحدود قتلاً أو غيره إلى أمراء الأمصار والمدن، وذلك هو الإمام، وليس للذي يستعمل على خراج ونحوه: استيفاء الحدود، وهل للقاضي استيفاؤه؟

ففي باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه من «الهداية»: أن من قتل.. ولا ولي له يستوفيه.. السلطان والقاضي بمنزلته فيه. انتهى.

وفي «التاتارخانية»: وللإمام أن يستخلف غيره في استيفاء الحدود. انتهى.

والذي ظهر منه: أن للقاضي استيفاء الحدود؛ لأنه خليفة الإمام، إلا أن يمنعه الإمام صراحة عن الاستيفاء، ومنه ظهر ضعف ما ذكره في باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه من «البحر»: من أنه ليس للقاضي الحكم بالسياسة.

ثم ذكر في «التاتارخانية»: ولو استعمل الإمام أميراً على الجيش الكبير ليدخل على أرض العدو:

فإن كان أمير مصر أو مدينة فغزى بجنده.. أقام عليهم الحدود، وقضى في معسكره كما يقضي في مصره.

ولو كان مبعوثاً من جهة أمير المصر غازياً.. لم يقم الحدود.

ثم اعلم: أن قطع الطريق يثبت بالإقرار مرة واحدة، وأبو يوسف شرط مرتين؛ كقوله في السرقة الصغرى، ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى، ويؤخذ بالمال إن كان أقر به وثبت بالشهادة أيضاً بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الإقرار به، فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على إقرارهم به.. لا تقبل، ولا تقبل بالشهادة بالقطع على أب الشاهد وإن علا، وعلى [٦٧٥/ب] ابنه وإن سفل.

ولو قالا: قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا.. لا تقبل؛ لأنهما شهدا لأنفسهما. كذا في «فتح القدير».

وقال في «التاتارخانية»: وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: إذا شهد الشهود على رجل أنه قطع الطريق وأخذ المال وقتل ولم يحضر معهم أحد منهم.. لم أقم عليه الحد وأعزره. انتهى.

* * *

(كتاب السير والجهاد)

(كتَابُ السِّيَرِ وَالْجِهَادِ)

الْجِهَادُ بَدَءاً منَّا فرضُ كِفَايَةٍ؛.................................

(كِتَابُ السِّيَر والجِهَاد)

جمع سيرة - مثل سدرة - وهي: الطريقة، وفي الشرع: يطلق على المغازي.

(**الجهاد**) أي: الدعاء إلى الدين الحق، والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال. كذا في «العناية».

وقال في «المغرب»: الجهاد مصدر جاهدت العدو إذا قابلته في تحمل الجهد، أو بذل كل منكما جهده - أي طاقته - في رفع حاجته، ثم غلب في الإسلام على قتال الكفرة. انتهى.

(**بدءاً منَّا**) أي ابتدؤهم بالقتال وإن لم يقاتلونا؛ لأن النبي ﷺ كان مأموراً في ابتداء الإسلام بالصفح الجميل والإعراض عن المشركين؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱصْفَحِ ٱلصَّفْحَ ٱلْجَمِيلَ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾، ثم أمر بالدعاء إلى الدين الحق بالموعظة والمجادلة الحسنة؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِۖ وَجَٰدِلْهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، ثم أمر بالقتال إذا كانت البداية منهم، ثم بالقتال في بعض الأزمان بقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ ﴾، ثم أمر بالبداية بالقتال مطلقاً في جميع الأزمان والأمكنة بقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث المطلقة، واستقر الأمر عليه.

(**فرض كفاية**):

أما كونه فرضاً.. فلقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُوٓا۟ أَئِمَّةَ ٱلْكُفْرِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾، وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾، وقوله ﷺ: «أُمِرْتُ أن أُقاتِلَ النَّاس حَتَّى يَقُولُوا لَا إِله إلَّا الله».

فإن قيل: هذه الدلائل كلها عمومات مخصوصات والعام المخصوص: ظني الدلالة، وبه لا تثبت الفرضية.

أجيب: بأن المخرج منها من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف في «الأصول»، وبالتخصيص لا يصير ظنياً، وأما غيرهما.. فنفس النص لم يتعلق به ابتداء، بل تعلق به مقيداً بمن كان بحيث يقدر على المحاربة؛ لأن النص مقرون بما يقيده به؛ كقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ كَآفَّةٗ كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمۡ كَآفَّةٗ﴾، فأفاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم وسبب عنه، وكذا قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ﴾ [٦٧٥/أ]؛ أي: لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالإكراه بالضرب والقتل، وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الإسلام، فأمر سبحانه وتعالى بالقتال لكسر شوكتهم.. فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه؛ فكان الأمر ابتداء بقتال من كان بحيث يقدر على المحاربة من المشركين، فلم تدخل المرأة؛ لعدم تحمل بنيتها، والعبد لاشتغاله بخدمة مولاه، وقس عليه حالة الأعمى والمقعد والأقطع.. فلا يكون من قبيل التخصيص.

وأما الأحاديث الواردة في هذا الباب.. فظنية الدلالة؛ لكونها خبر واحد، فلا تفيد الفرضية، فلا يصح الاحتجاج بها على الفرضية.

وما قيل: من أن خبر الواحد إذا تأيد بالكتاب والإجماع يفيد الفرضية.. فليس بشيء على ما بين في الأصول من أن المفيد للفرضية في أمثاله: هو الكتاب، والإجماع المؤيِّد اسم فاعل، لا خبر الواحد المؤيَّد اسم مفعول.

وأما كونه على الكفاية.. فلأن المقصود منه ليس مجرد ابتداء المكلفين، بل إعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين؛ فإذا حصل ذلك بالبعض.. سقط عن الباقين؛ كصلاة الجنازة، المقصود منها: قضاء حق الميت، ولأن الجهاد ما فرض لعينه؛ لأنه عبارة عن تخريب البدن والبلاد والضرب والنهب، ولا حسن فيه حتى

إِذا أَقَامَ بِهِ الْبَعْضُ.. سقطَ عَنِ الْكلِّ، وَإِن تَركَهَ الْكلُّ.. أَثِموا.

وَلَا يجبُ على صبيٍّ، وَامْرَأَةٍ، وَعبدٍ، وأعمى، ومَقعَدٍ، وأَقطعَ.

فَإِن هجمَ الْعَدوُّ.. فَفرضُ عَينٍ،.................................

يكون مأموراً، بل الحسن بمعنى لازم له في الخارج صادق عليه، وهو إعلاء كلمات الله تعالى وإعزاز دينه.

ثم فسره بقوله: (**إذا قام به البعض**) في كل زمان (.. **سقط عن الكل**)؛ لحصول المقصود بالبعض، (**وإن تركه الكل.. أثموا**) لتركهم فرضاً عليهم.

(**ولا يجب على صبي**)؛ لأن الصبا مظنة المرحمة؛ لعدم القدرة عليه غالباً.

(**وامرأة وعبد**) لما ذكرناه من أن المرأة لا تتحمل بنيتها، والعبد مشغول بخدمة مولاه، وكذا الزوجة مشغولة بخدمة الزوج، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى؛ لحاجة العبد إليه دونه تعالى.

(**وأعمى ومقعد وأقطع**)؛ لعدم قدرتهم عليه.

(**فإن هجم العدو**) أي: الكفار على ثغر من ثغورنا (.. **ففرض عين**) - وإن كان المستنفر عدلاً أو فاسقاً - على من قرب من العدو وهو يقدر عليه، واستدلوا عليه بقوله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ الآية، واختلفوا في تفسيره.

قيل المراد به ركباناً ومشاة.

وقيل: شباناً وشيوخاً.

وقيل: عزاباً ومتزوجين.

وقيل: أغنياء وفقراء.

وقيل: المراد كل من هذه الأحوال؛ أي: انفروا مع كل حال من هذه الأحوال [٦٧٦/ب].

فَتخرجُ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِلَا إِذنِ الزَّوْجِ وَالْمولى.

وَكُرِهَ الْجُعلُ إِن كَانَ فَيْءٌ، وإِلَّا.. فَلَا.

وَإِذا حاصرناهم.. ندعُوهم إِلَى الْإِسْلَامِ؛ فَإِن أَسْلَمُوا،.................

وأما من وراءهم ببعد من العدو.. فهو فرض كفاية عليهم، إلا إذا احتيج إليهم بعجز القريب عن المقاومة معهم، أو بالتكاسل منهم.. فحينئذٍ يصير فرض عين على من يليهم، ثم وثم على جميع أهل الإسلام شرقاً وغرباً على هذا التدريج.

(**فتخرج المرأة والعبد بلا إذن الزوج والمولى**)؛ لأنه صار فرض عين على الكل، وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فرض العين كما في الصلاة والصوم.

وفيه إشارة: إلى أنه لا يصير فرض عين على الصبي والأعمى والمقعد والأقطع أصلاً لعجزهم.

(**وكره الجُعْل**) وهو بضم الجيم وسكون العين: ما يجعل للعامل في عمله، والمراد به ههنا: ما يجعله الإمام للغزاة على الناس بلا طيب أنفسهم ليتقوى به الذين يخرجون إلى الجهاد من الكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد، وإنما كره ذلك؛ لأنه يشبه الأجرة، وحقيقة الأجرة فيه حرام، فما يشبهها.. يكون مكروهاً.

إنما كره ذلك (**إن كان**) للغزاة (**فيء**) أي في بيت المال، وهذا مال مأخوذ من الكفار وبغير قتال كالخراج والجزية، وأما المأخوذ بقتال.. فيسمى غنيمة.

(**وإلا**) أي: وإن لم يكن في بيت المال فيء (**..فلا**) يكره؛ لما فيه من دفع الضرر الأعلى بارتكاب الأدنى، ويؤيده أن النبي ﷺ أخذ دروعاً من صفوان، وكان عمر يغزي عن ذي الحليلة، ويعطي الشاخص فرس القاعد.

(**وإذا حاصرناهم.. ندعوهم إلى الإسلام؛ فإن أسلموا**). فبها ولا نتعرضهم؛ لقوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»... الحديث.

وإِلَّا.. فَإِلَى الْجِزْيَةِ إِن كَانُوا من أَهلِهَا وَيُبيِّنُ لَهُم قدرُهَا وَمَتى تجبُ؛ فَإِن قَبِلوا.. فَلهم مَا لنا وَعَلَيْهِم مَا علينا.

وَحَرُمَ قتالُ مَن لم تبلغْهُ الدَّعْوَةَ قبلَ أَن يَدعى.

(وإلا.. فإلى الجزية)، وبه أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيش؛ ولأنه أخذ ما ينتهي به القتال فيجوز؛ لقوله تعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾، إلى أن قال: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾.

(إن كانوا من أهلها) أي: من أهل الجزية؛ بأن لا يكون من المرتد وعبدة الأوثان من العرب؛ لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾.

(ويبين لهم قدرها)؛ أي: قدر الجزية (ومتى تجب) وعلى من تجب على ما سيأتي بيانها.

(فإن قبلوا) أي الجزية (.. فلهم ما لنا، وعليهم ما علينا) لقول علي رضي الله عنه: «إنما بذلوا الجزية؛ لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا»، فعلم منه: أن المراد بمالنا غير العبادات؛ لأنهم لا يكلفون بها إلا بعد قبول الإسلام حقيقة.

(وحرم قتال من لم تبلغه الدعوة قبل أن يدعى)، لقوله ﷺ في وصية امرأة الأجناد: «فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله»، ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين [٦٧٧/أ] لا على سلب الأموال وسبي الذراري، فلعلهم يجيبون.

ولو قاتلهم قبل الدعوة.. أثم؛ لما روي أنه ﷺ بعث علياً في سرية، وقال: «قاتلوهم حتى تدعوهم إلى الإسلام»، ومع هذا لو قاتلهم قبل الدعوة وأتلف شيئاً من نفس أو مال.. لا غرامة على المتلف؛ لعدم عصمتهم بالدين أو الدار؛ فصار كقتل الصبيان والنسوان في دارهم.

واعلم: أن العلماء اختلفوا في أن الصبي العاقل، ومن بلغ ومات في زمن الفترة، أو في شاهق الجبال قبل بلوغ الدعوة.. هل هم معذورون أم لا؟

فذهب الأشاعرة: إلى أنه لا يعتبر إيمان الصبي العاقل ما لم يبلغ، ولا كفر أهل الفترة وشاهقِ الجبل، بل هم معذورون، ولا يعذبون؛ إذ لا تعذيب حتى يبعث الله رسولاً ويبلغه، وهو المروي عن الشافعي، فعندهم يضمن قاتلهم وإن قبل الدعوة.

وذهبت طائفة: إلى أنهم مكلفون بالإيمان بمجرد عقولهم، حتى لو لم يعتقدوا إيماناً ولا كفراً.. يعذبون، فعندهم: لا يضمن قاتلهم أصلاً.

وقال مشايخنا اختياراً بالتوسط بين هذين الموضعين: إنهم ليسوا بمكلفين بالإيمان بمجرد عقولهم، ولا بمعذورين مطلقاً، بل هم لا يخلو؛ إما إن وصفوا إيماناً وكفراً واعتقدوه، أو لا هذا ولا ذاك.

فإن وصفوا الإيمان واعتقدوه.. فهم مؤمنون.

وإن وصفوا الكفر واعتقدوه.. فكافرون.

وإن لم يصفوا شيئاً منهما ولم يعتقدوه، بل هم براء عن اعتقاد واحد منهما؛ فإن وجدوا زماناً يسع التجربة والاستدلال على وجود الصانع والإيمان به ولم يؤمنوا به.. فهم من أهل النار، وإن لم يجدوا زمان التجربة والاستدلال بأن بلغ فمات.. فهم معذورون.

واختلفوا في تقدير مدة التجربة، والصحيح: أنها مقدرة في علم الله تعالى بقدر حال كل شخص، وهذا هو المشهور عند مشايخنا، واختاره فخر الإسلام.

وذكر الإمام نور الدين في «الكفاية»: أن وجوب الإيمان بمجرد العقل مروي عن أبي حنيفة.

وذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى» عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: لا عذر لأحد في الجهل بخالقه.

وعن أبي منصور الماتريدي: أن الصبي العاقل يجب عليه معرفة الله تعالى بكمال عقله؛ لأنه والبالغ سواء في ذلك، وإنما عذر في عمل الجوارح، وإنه لو لم

وَنُدِبَ دَعْوَةُ مَن بلَغَتْهُ؛ فَإِن أَبَوا.. نستعينُ بِاللهِ تَعَالَى ونقاتِلُهم: بِنصبِ المجانيقِ، وَالتَّحْرِيقِ، والتغريقِ، وَقطعِ الْأَشْجَارِ، وإِفسادِ الزَّرْعِ، ونرميهم وَإِن تترَّسوا بِأَسَارَى الْمُسلمينَ ونقصِدُهم بِهِ.

يبعث رسولاً.. لوجب على الخلق معرفته بعقولهم.

وتفصيل هذه المسألة ذكرناه في شرحنا على ما رتبناه في العقائد، وليطلب ثمة [٦٧٧/ب].

(**وندب دعوة من بلغته**) مبالغة في الإنذار؛ لأن النبي ﷺ إذا قاتل المشركين.. دعا، ثم اشتغل بالصلاة، ثم جدد الدعوة.

وإنما لا يجب ذلك؛ لأن النبي ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غافلون، وهذه الدعوة مقيدة بأن لا تتضمن ضرراً بأن يعلم أنهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون، ويعرف ذلك بما يظهر من أحوالهم.

(**فإن أبوا**) عن الإسلام أو الجزية (.. **نستعين بالله تعالى ونقاتلهم**) هكذا روي عن النبي ﷺ.

(**بنصب المجانيق**)؛ لأن النبي ﷺ نصبها على الطائف على ما في «الترمذي».

(**والتحريق**)؛ لأن النبي ﷺ أحرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر.

(**والتغريق**)؛ أي: بإجراء الماء.

(**وقطع الأشجار وإفساد الزرع**). والحاصل: إلحاق الكتب إليهم وكسر شوكتهم والغيظ بهم وتفريق جمعهم، وجميع ذلك يحصل بما ذكرناه من التحريق والتغريق والقطع، فيكون مشروعاً، فنفعله.

(**ونرميهم وإن**) - وصلية - (**ترسوا بأسارى المسلمين**) أو صبيانهم أو كان فيهم تاجر مسلم؛ فإنا نرميهم؛ سواء علمنا أنا إن كففنا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم نعلم ذلك، إلا أنا لم نقصد المسلمين بالرمي، بل (**ونقصدهم**) أي الكفار (**به**) أي بالرمي؛ لأنه إن تعذر التمييز فعلاً.. فلقد أمكن قصداً، فالطاعة بحسب الطاقة.

وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يجوز رميهم في صورة التترس، إلا إذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين، وهو قول الحسن بن زياد؛ فإن رموا فأصيب أحد من المسلمين.. فعند الحسن بن زياد: فيه الدية والكفارة، وعند الشافعي: فيه الكفارة قولاً واحداً، وفي الدية قولان.

وقال أبو إسحق:

إن قصده بعينه.. لزمه الدية؛ علمه مسلماً أو لم يعلمه؛ لقوله ﷺ: «ليس في الإسلام دم مفرج».

وإن لم يقصده بعينه، بل رمى إلى الصف فأصيب.. فلا دية عليه:

- **أما الأول** فلأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز، ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين، فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى؛ لأن مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر.

- ووجه الإطلاق - وهو قول أئمتنا - أمران:

- **الأول**: أنا أمرنا بقتالهم مطلقاً، ولو اعتبر عدم أسير مسلم فيهم.. انسد باب الجهاد؛ لأن حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم، فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو حصن أو مدينة عادة إهدار اعتبار وجوده فيه، وصار [٦٧٨/أ] كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم؛ فإنه يجوز إجماعاً، مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله، وهو الجامع، غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي إلا الكافر؛ لأن قصد المسلم بالقتل حرام.

بخلاف ما إذا لم يفترض، وهو ما إذا فتحت البلدة؛ فإن وجود مسلم فيهم ليس بمعهود حينئذ.

قال محمد: إذا فتح الإمام بلدة ومعلوم أن فيها مسلماً أو ذمياً.. لا يحل قتل أحد منهم؛ لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي، إلا أنه قال: ولو أخرج واحد من

وَيُكرهُ إِخْرَاجُ النِّسَاءِ والمصاحِفِ فِي سَرِيَّة لَا يُؤمَنُ عَلَيْهَا، لَا فِي عَسْكَرٍ يُؤمَنُ عَلَيْهِ.

عرض الناس.. حل إذن قتل الباقي؛ لجواز كون المخرج هو ذاك، فصار في كون المسلم في الباقي شك، بخلاف الحالة الأولى؛ فإن كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفَرَض، فوقع الفرق.

• الثاني: أن في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام، وقتل الأسير المسلم والتاجر المسلم ضرر خاص، ودفع الضرر العام بإثبات الضرر الخاص: واجب؛ فإذا وجب الرمي بهم.. فما أصبناه منهم لا دية له علينا ولا كفارة؛ لأن الغرامات لا تقرن بالفروض؛ كمن مات من تعزير القاضي أو حده؛ فإنه لا دية فيه على القاضي؛ لأن القضاء بذلك فرض عليه، فلا يتقيد بشرط السلامة، وإلا.. امتنع عن الإقامة، وهذا بخلاف المضطر حالة المخمصة؛ لأنه لا يمتنع عن الأكل مخافة الضمان؛ لأن في الامتناع هلاك نفسه، والضمان أخف عليه من هلاكها.. فلا يمتنع، بل يأكل ويضمن ما أكله، وأما الجهاد: فمبني على إتلاف نفسه، فيمتنع؛ حذراً عن الضمان لو أوجبناه.

والحاصل: أن الجائع يقدم على الأكل عند المخمصة وإن كان فيه الضمان؛ لأن فيه إحياء نفسه، وهو منفعة عظيمة يحتمل بسببها بدل الضمان، وأما الجهاد.. فمبني على إتلاف نفس سواد الكفار، وقد يكون فيها مسلم، فلو أوجبنا الضمان بقتالهم.. لامتنعوا عن الجهاد الذي هو الفرض، وذلك لا يجوز؛ كما لا يجوز إيجاب الدية والكفارة على الإمام والقاضي فيما إذا مات الزاني من الحد.

(**ويكره إخراج النساء والمصاحف في سرية**) - أي: جماعة قليلة - (**لا يؤمن عليها**) أي على تلك السرية؛ لما فيه من تعريضها على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف؛ فإنهم يستخفون بها مضايقة للمسلمين.

(**لا في عسكر يؤمن عليه**)؛ لأن الغالب فيه السلامة.

وَلَا دُخُولَ مستأمَنٍ إِلَيْهِم بمُصحفٍ إِن كَانُوا يُوفونَ الْعَهْدَ.

وَنُهِيَ عَنِ: الْغدرِ، والغَلولِ، والمُثلَةِ، ....

(ولا) يكره (دخول مستأمن) أي منا (إليهم بمصحف إن كانوا) أي الكفار (يعرفون [٦٧٨/ب] العهد)؛ لأن الظاهر منهم عدم التعرض.

والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة.

(ونهي عن: الغدر، والغلول، والمثلة)؛ لقوله ﷺ: «لا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا» رواه الجماعة.

الغلول: السرقة من المغنم.

والغدر: الخيانة ونقض العهد.

والمثلة: المروية في «الصحيحين» وغيرهما في قصة العرنيين منسوخة بما روينا.

وروى قتادة عن ابن سيرين: أن قصة العرنيين كانت قبل أن تنزل الحدود.

وقال موسى بن عقبة: ذكروا أن النبي ﷺ نهي عن قصة العرنيين عن المثلة بالآية التي في سورة المائدة.

قال ابن شاهين: حديث النهي في المثلة ينسخ كل مثلة، هذا عندنا وهو قول الشافعي.

وقال جماعة - منهم الجوزي -: إنها ليست بمنسوخة، وما وقع على العرنيين وقع على سبيل الاقتصاص منهم لما فعلوا براعي النبي ﷺ.

وقال جماعة: إن المثلة بمن مثّل: جزاء ثابت لم ينسخ، والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة: حرام لا أنها منسوخة؛ لأن هذه المثلة لم تشرع أولاً حتى تنسخ، وما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي.

وَقتـلِ امْـرَأَةٍ، أَو غيـرِ مُكَلّـفٍ، أَو شـيخٍ، أَو أَعمـى، أَو مقْعـدٍ، أَو أقطـعِ الْيُمْنَى.. إِلَّا أَن يكونَ أحدُهم قَادِراً على الْقِتَالِ أَو ذَا رَأْيٍ فِي الْحَرْبِ، أَو ذَا مَالٍ يحثُّ بِهِ، أَو ملكاً.

وَعَن قتلِ أَبٍ كَافِرٍ، ....

قلنا: إن قوله ﷺ: «ولا تمثلوا» على ما ذكرناه عن الجماعة وإن كان متأخراً عن مثلة العرنيين كما قال ابن عقبة.. فظاهر أنها منسوخ وإن كان لا يدرى تاريخه، فيتعارض محرم ومبيح خصوصاً، والمحرم قول.. فيتقدم المحرم، وكلما تعارض نصان ورجح أحدهما.. تضمن الحكم بنسخ الآخر.

وفي «المصباح»: مثلت بالقتيل مَثْلاً من بابي قتل وضرب: إذا جدعته، فظهر آثار فعلك عليه تنكيلاً، والتشديد مبالغة، والاسم المُثْلَة على وزن غرفة. انتهى.

فإن قيل: إن من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بأن قطع أنف رجل وأذني رجل، وفقأ عيني رجل، وقطع يدي آخر.. فلا شك أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه، لكنه يجب أن يتأتى بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه، وهذا ليس إلا مثلة، فكيف يصح القول بنسخها؟!

أجيب: بأن هذا مثلة ضمناً لا قصداً، وإنما يظهر أثر النسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله، فمقتضى النسخ: أن يقتله به ابتداء ولا يمثل به. كذا في «فتح القدير».

(و) نهي أيضاً عن (**قتل امرأة أو غير مكلف**) كالصبيان والمجانين، (**أو شيخ، أو أعمى، أو مقعد، أو أقطع اليمنى**) للنهي عن كل ذلك.

(**إلا أن يكون أحدهم قادراً على القتال، أو ذا رأي في الحرب أو ذا مال** [٦٧٩/أ] **يحث به، أو ملكاً**). فحينئذٍ يقتل لوجود المبيح وهو القدرة على الحرب عندنا، إلا أن الصبيان والمجانين يقتلان ما داما قاتلين؛ دفعاً لشرهما، وغيرهما: لا بأس بقتله بعد الأسر؛ لكونه أهلاً للخطاب.

(**وعن قتل أب كافر**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾، ولأنه يجب

بل يَأْبَى الابْنُ لِيَقْتُلَهُ غَيرُهُ، إِلَّا إِن قصدَ الْأَبُ قَتلَهُ وَلَا يُمكنُهُ دَفعُهُ إِلَّا بِالْقَتْلِ.
وَيجوزُ صُلحُهم إِن كَانَ مصلحَةً لنا، وَأخذُ مالٍ لأَجلِهِ إِن لنا بِهِ حَاجَةٌ،

عليه إحياؤه بالاتفاق، فيناقضه الإطلاق في إفنائه.

(بل يأبى الابن ليقتله غيره) لحصول المقصود بقتل غيره من غير اقتحامه الإثم، والجد والأم والجدة في حكم الأب في هذا.

(إلا إن قصد الأب قتله، ولا يمكنه دفعه إلا بالقتل). فحينئذٍ يجوز قتل أبيه لدفع شره وتخليص نفسه؛ لأنه لو كان الأب مسلماً وقصد قتل ابنه وشهر عليه سيفه، ولا يمكنه دفعه إلا بقتله.. فإنه يقتله؛ لتعينه طريقاً لدفع شره وتخليص نفسه، فهنا أولى.

ولو كانا في سفر وعطشا، ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما.. كان للابن شربه ولو كان الأب يموت عطشاً.

ولو سمع أباه الكافر يذكر الله ورسوله بسوء.. يجوز له قتله.

ولا يكره للأب قتل ابنه المشرك؛ وكذا سائر القرابات عندنا؛ كالعم والخال.. يباح قتلهم. كذا في «فتح القدير».

ولما ذكر كيفية الجهاد.. شرع في بيان الصلح معهم، فقال: (ويجوز صلحهم إن كان) الصلح (مصلحة لنا)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلۡمِ فَٱجۡنَحۡ لَهَا﴾، ووادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينهم عشرين سنة، ولأن المصلحة جهاد معنى بعد أن كان خيراً للمسلمين؛ لأن المقصود وهو دفع شرهم حاصل به، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية؛ لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها.

(و) يجوز (أخذ مال لأجله)؛ أي: لأجل الصلح؛ لأنه لما جاز بغير مال.. فبالمال أولى، لكنه ليس على إطلاقه، بل إنما يجوز (إن) كان (لنا به حاجة)؛ لأنه لو

وَهُوَ كالجزيةِ قبل النزولِ بساحتِهم، وكالفيءِ لَو بعدَهُ.

وَدفعُ المَالِ ليصالِحوا لَا يجوزُ إِلَّا لخوفِ الْهَلَاكِ.

ويصالحُ المرتدُّونَ بِدُونِ أَخذِ مَالٍ.

وَإِن أُخِذَ.. لَا يُرَدُّ.

لم يكن لنا به حاجة.. لا يجوز؛ لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى، بخلاف ما إذا كان لنا حاجة بالمال؛ لأنه حينئذ جهاد معنى.

(وهو) أي المال المأخوذ منهم صلحاً: (كالجزية)؛ لأنه أخذ بقوة المسلمين، فيصرف إلى مصارف الجزية وهي المقاتلة وغيرها مما فيه صلاح عامة المسلمين على ما سيأتي بيانه في فصل الجزية.

إن كان الصلح وأخذ المال (قبل النزول بساحتهم)، وذلك بأن أرسلوا رسولاً قبل أن يدخل المسلمون دارهم؛ لأنه حينئذ يكون الأخذ بقوة المسلمين لا بالقهر والغلبة، فيصير كالجزية.. فيصرف مصارفها.

(وكالفَيْء) أي الغنيمة (لو بعده)؛ أي: بعد الدخول بدارهم؛ لأنه [٦٧٩/ب] حينئذ يكون الأخذ بالقهر والغلبة معنى، فيكون غنيمة، فيأخذ الإمام خمسه ويقسم الباقي بينهم.

(ودفع المال منا ليصالحوا.. لا يجوز) لما فيه من إلحاق الذلة للمسلمين وإعطاء الدنية للدين.

(إلا لخوف الهلاك)؛ لأن رفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن؛ فإنه إذا لم يكن بالمسلمين قوة.. ظهروا عليهم وأخذوا أنفسهم وأموالهم، فيجب عليهم دفعه.

(ويصالَح) بصيغة المجهول (المرتدون)؛ لأن الإسلام خرجوا منهم، فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم (بدون أخذ مال)؛ لما مر: أن أخذ الجزية منهم لا يجوز، بل ليس لهم إلا الإسلام أو السيف.

(وإن أخذ.. لا يرد)؛ لأنه مال غير معصوم.

ثمَّ إن ترجَّحَ النبذُ يُنبَذُ إِلَيْهِم.

وَمَن بَدَأَ مِنْهُم بخيانةٍ.. قوتِلَ فَقَط.

وَإِن باتِّفاقِهِم أَو بإذنِ مَلِكِهِم.. قُوتِلَ الْجَمِيعُ بِلَا نبذٍ.

وَلَا يُبَاعُ مِنْهُم سلَاحٌ وَلَا خيلٌ وَلَا حَدِيدٌ، وَلَو بعدَ الصُّلْحِ.

وَلَا يُجهزُ إِلَيْهِم.

(ثم) أي: بعد أن وقع الصلح؛ (**إن ترجح النبذ**) أي نقض العهد (**.. ينبذ إليهم**)؛ أي: أرسل إليهم خبر النقض، ثم يقاتل تحرزاً عن الغدر، وقد قال ﷺ: «في العهود وفاء» والأصل فيه: أن النبي ﷺ نبذ المصالحة التي كانت بينه وبين أهل مكة، ولأن المصلحة لما تبدلت.. كان النبذ جهاداً، وكان إيفاء العهد: ترك الجهاد صورة ومعنى، وذا لا يجوز.

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ النبذ إلى جميعهم، ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنقاذ الخبر إلى أطراف مملكته؛ لأن بذلك ينتفي الغدر، ولا يجوز أن يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة.

(**ومن بدأ منهم بخيانة**) بأن دخل جماعة منهم بغير إذنهم فقطعوا طريق المسلمين (**.. قوتل فقط**)؛ لأن فعلهم لا يلزم غيرهم ما لم يكن بإذن ملكهم أو جميعهم.

(**وإن باتفاقهم، أو بإذن ملكهم.. قوتل الجميع بلا نبذ**) لأنهم صاروا ناقضين للعهد، فلا حاجة إلى نقضه منا.

(**ولا يباع منهم سلاح، ولا خيل، ولا حديد**)؛ للنهي عنه، ولأنه تقوية لهم فيمنع من ذلك.

(**ولو بعد الصلح**)؛ لأنه على شرف النقض أو الانقضاء، وهذا هو القياس في الطعام والثوب أيضاً؛ لتقويتهم بهما أيضاً، إلا أنا تركناه بالنص؛ لأن النبي ﷺ أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه.

(**ولا يجهز**) أي لا يبعث (**إليهم**) شيء مما ذكر؛ لما روينا وذكرنا.

وصَحَّ أمانُ حرٍّ أَو حرَّةٍ كَافِراً أَو جمَاعَةً، أَو أهلَ حِصنٍ.

وَحرُمَ قَتلُهمْ؛ فَإِن كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ.. نُبِذَ إِلَيْهِم وأُدِّبَ.

ولغا أَمَانُ ذمِّيٍ، أَو أَسِيرٍ، أَو تَاجرٍ عِنْدَهم.

وَكَذَا أَمَانُ مَن أسلمَ وَلم يُهَاجِر، أَو مَجْنُونٍ، أَو صبيٍّ، أَو عبدٍ ....

(وصح أمان حر، أو حرة كافراً) واحداً، (أو جماعة، أو أهل حصن)، أو مدينة.

(وحرم) بعد أمانهم (قتلهم)؛ لقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»؛ أي: يعطي الأمان أقلهم وهو الواحد؛ ولأنه من أهل الحرب فيخافونه؛ إذ هو من أهل المنعة بالفعل أو بالتسبيب فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله، ثم يتعدى منه إلى غيره.

(فإن كان فيه)؛ أي: في أمانهم هذا (ضرر.. نبذ إليهم) [٦٨٠/أ] حذراً عن الغدر، (وأُدِّب) أي من يعطي الأمان لسبقه الإمام.

(ولغا أمان ذمي)؛ لاتهامه بهم، ولعدم ولايته على المسلمين.

(أو أسير، أو تاجر عندهم)؛ لأنهما مقهوران تحت أيديهم، فلا يخافونهم، والأمان يختص بمحل الخوف، ولأنهم كلما اشتد عليهم الأمر.. يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلّصون بأمانه، فلا ينفتح باب الفتح.

(وكذا) أي لغا (أمان من أسلم) في دار الحرب (ولم يهاجر) إلينا؛ لما ذكرناه.

(أو مجنون) أي: لغا أمان مجنون لا يعقل الإسلام بالاتفاق؛ لعدم خوفهم منه.

وأما المجنون الذي يعقل الإسلام.. فهو بمنزلة الصبي الذي يعقل، على ما في «التبيين».

(أو صبي) عاقل للإسلام؛ لأن غير العاقل مثل المجنون الذي لا يعقل الإسلام.

(أو عبد) مسلم؛ لأن أمان الكافر لا يصح؛ لعدم ولاية كافر على مسلم، والأمان من باب الولاية.

غيرِ مأذونَينِ بِالْقِتَالِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يجوزُ أمانُهما، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي رِوَايَة.

(غير مأذونين) - أي: كل من الصبي العاقل للإسلام والعبد المسلم - (بالقتال)؛ لأنهما لو كانا مأذونين بالقتال.. فأمانهما صحيح بالاتفاق في العبد، وعلى الأصح في الصبي. هذا عند أبي حنيفة.

(وعند محمد: يجوز أمانهما)، وإن كانا محجورين، والشافعي ومالك معه في العبد، (وأبو يوسف معه) في رواية الكرخي، واختاره القدوري في «شرحه»، وفي رواية الطحاوي: أنه مع أبي حنيفة.

ولمحمد: ما رواه أبو موسى الأشعري مرفوعاً: «أمان العبد أمان» ولأنه مؤمن ذو قوة يمتنع بها ويضر غيره، فيصح أمانه؛ كالمأذون له في القتال، وكالمؤبد من الأمان وهو عقد الذمة؛ فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة.. صح ولزم، وصاروا أهل ذمة، والمؤقت من الأمان أولى منه بالصحة.

فإن قيل: لو صح أمان المحجور.. لجاز مقاتلته بالسيف عند الاختيار، لكنه لا يجوز.

قلنا: إنما لا يملك ذلك؛ لتعريض منافعه المملوكة لمولاه على الفوات بأن يقتل، وهذا المعنى منتف في الأمان؛ لأنه بالقول لا بالقتال بالسيف.

ولأبي حنيفة: إنه محجور من القتال.. فلا يصح أمانه؛ لأنهم لا يخافون منه، فلم يلاق الأمان محله، وهو الخائف من المؤمن، ولأن الظاهر: أنه لا مصلحة في أمانه؛ لأن الظاهر أنه يخطئ؛ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما تقوم بمن يباشر القتال، وهو المأذون له في القتال؛ لأنه أدرى بالأمر من غير الممارس له، وفي خطئه سد باب الاستغنام [٦٨٠/ب] على مولاه وعلى المسلمين، فلم يعر عن احتمال الضرب احتمالاً راجحاً.

بخلاف العبد المأذون له في القتال؛ لتحقق الخوف منه، وفي أمانه مصلحة أيضاً؛ لكونه أدرى بالقتال.

وبخلاف الأمان المؤبد بإعطاء الجزية بعقد الذمة؛ لأنه خلف عن الإسلام، فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام، وذلك جائز لكل مسلم؛ عبداً كان أو حراً.

* * *

(بَابُ الْغَنَائِمِ وقِسْمَتِها)

مَا فَتحَ الإِمَامُ عُنْوَةً.. قسَمَهُ بَينَ الْمُسلمينَ، ....

(بَابُ الغَنَائِمِ وَقِسْمَتِها)

(**ما فتح الإمام عنوة**) أي قهراً (.. **قسمه بين المسلمين**). **واعلم**: أن أهل مدينة من مدائن أهل الحرب:

إما أن أسلموا قبل ظهور المسلمين عليهم.

أو أسلموا بعد ظهور المسلمين عليهم.

أو لم يسلموا بعد ظهورهم عليهم.

فعلى الأول: كانوا أحراراً لا سبيل عليهم، ولا على أولادهم ونسائهم وأموالهم؛ لوجود العاصم وهو الإسلام، ويوضع على أراضيهم العشر دون الخراج؛ لأنه ابتداء توظيف على المسلم.

وكذا لو صاروا أهل ذمة قبل الظهور عليهم؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام في حق الأحكام التي ذكرناها، إلا أن ههنا يوضع على أراضيهم الخراج؛ لأنه ابتداء توظيف على الكافر.

وعلى الثاني: فالإمام بالخيار:

إن شاء: قسم دوابهم وأموالهم بين الغانمين بعد إخراج الخمس، ويضع على أراضيهم العشر.

وإن شاء: منّ عليهم، فسلم لهم رقابهم وذراريهم وأموالهم كما فعل رسول الله ﷺ.

وإن شاء: استرقهم وقسمهم وأموالهم بين الغانمين بعد إخراج الخمس؛ كما فعله ﷺ بخيبر، ويضع على الأراضي العشر.

وإن شاء: قتل الرجال وقسم النساء والأموال والذراري بين الغانمين بعد إخراج الخمس، ويضع العشر على الأراضي.

أَو أَقرَّ أَهلَهُ عَلَيْهِ ....

وإن شاء: منّ عليهم برقابهم ونسائهم وذراريهم وأموالهم، ووضع على رؤوسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج؛ كما فعل عمر بأهل سواد العراق.

وإن شاء: قسم الكل بين الغانمين وترك الأرضين وجعلها بمنزلة الوقف على المقاتلة أبداً.

وإن شاء: أخرجهم منها، ونقل إليها قوماً آخرين من أهل الذمة وجعلها خراجية؛ خراج مقاسمة أو مقاطعة، فيصرف خراجها إلى المقاتلة. كذا في «الخانية».

ومراده بالأرض المجعولة بمنزلة الوقف: هي التي سموها بأرض المملكة، وهي ليست بعشرية ولا خراجية على ما سيأتي بيانها.

ولا ينظر في وضع الخراج على أراضيهم إلى الماء الذي يسقى به؛ أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار، أو ماء الخراج كالأنهار التي شقها الأعاجم على ما سيأتي بيانها [٦٨١/أ]. ثم المنّ عليهم:

إما برقابهم وأراضيهم فقط، ويقسم سائر أموالهم بين الغانمين.. فهذا جائز مع الكراهة، إلا أن يدفع إليهم من المال قدر ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضي إلى أن تخرج الغلال، وإلا.. فهو تكليف بما لا يطاق.

وإما برقابهم مع المال دون الأرض.

وإما برقابهم فقط.. فهذان القسمان لا يجوز؛ لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حرباً علينا إلى دار الحرب.

وأما المن الذي يجوز بلا كراهة.. فهو المن عليهم برقابهم وأراضيهم وأموالهم بوضع الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم، وإليه أشار بقوله: **(أو أقر أهله عليه)** أي: منّ عليهم الإمام برقابهم ونسائهم وذراريهم ودورهم وعقارهم وأراضيهم.

وأما المنقول المجرد.. فلا يجوز المن برده عليهم مجاناً؛ لعدم ورود الشرع به.

وَوضعَ الجِزْيَةَ عَلَيْهِم، وَالْخَرَاجَ على أراضِيهم، وَقتلَ الأَسرى أَوِ استرقَّهُم....

وقال الشافعي: لا يجوز المن بالعقار أيضاً؛ لما فيه من إبطال حق الغانمين عندكم وملكهم عندنا.. فلا يجوز من غير بدل يعادله، والخراج غير معادل لقلته، بخلاف الرقاب؛ لأن للإمام أن يبطل حقهم فيها رأساً بالقتل.

ولنا: ما روي أن عمر حين فتح سواد العراق.. منّ على أهلها وترك دورهم وعقارهم في أيديهم، وضرب الجزية على رؤوسهم، والخراج على أراضيهم، ولم يقسمها بين الغانمين، ولأن فيه نظراً للمسلمين؛ لأنه لو قسمها بين الغانمين.. استثقلوا بالزراعة ونحوها وقعدوا عن الجهاد، فيغلبهم العدو، وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً، وأما إن تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل.. صاروا كالأكرة لهم، والخراج وإن قل حالاً.. لكنه حمل لدوامه سنين.

(ووضع) الإمام بعد المن عليهم - بما ذكرنا - (**الجزية عليهم**) أي: على رؤوسهم، (**والخراج على أراضيهم**)؛ سواء كانت مسقية بماء العشر أو بماء الخراج على ما ذكرناه، فحينئذٍ تكون أراضيهم مملوكة لهم كسائر أملاكهم، والأصل فيه: ما رويناه، ولأن وضع الخراج ابتداء أليق بحالهم؛ لما فيه من معنى العقوبة.

وقالوا: الأول - أي التقسيم -: أولى عند حاجة الغانمين.

والثاني - أي المن عليهم بما ذكرناه -: أولى عند عدم الحاجة؛ ليكون ذخيرة لهم في الثاني من الزمان.

(وقتل) أي الإمام (**الأسرى**) - جمع أسير - والأصل فيه: أنه ﷺ فعل ذلك، ولأن فيه حسم مادة القتال، وهذا إن لم يسلموا، وإلا.. فلا قتل عليهم؛ لأن الإسلام عاصم لهم.

(**أو استرقهم**)؛ لما فيه من دفع شرهم مع [٦٨١/ب] وفور المنفعة لأهل الإسلام.

وإن أسلموا بعد ذلك.. لم تسقط عنهم الرقبة على ما سيأتي بيانه.

أَو تَركَهُم أَحراراً ذِمَّةً لِلْمُسلمينَ.

وإِسلامُهم لَا يمْنَعُ استرقاقَهُم مَا لم يكن قبلَ الْأَخْذِ.

وَلَا يجوزُ ردُّهم إِلَى دَارِهِم، وَلَا الْمَنُّ وَلَا الْفِدَاءُ بِالْمَالِ.

وَقيل: لَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَ الْحَاجةِ إِلَيْهِ.

وَيجوزُ بالأَسارى عِنْدَهمَا.

(أو تركهم أحراراً ذِمة للمسلمين) - هكذا فعله عمر - إلا مشركي العرب والمرتدين، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

(وإسلامهم) أي: إسلام الأسرى بعد استرقاقهم (لا يمنع استرقاقهم، ما لم يكن قبل الأخذ) بالاستيلاء عليهم؛ لأن استرقاقهم جزاء لكفرهم الأصلي، وقد انعقد موجباً، والحكم بعد ثبوته لموجب لا يحتاج في بقائه إلى سبب مسبق.

(ولا يجوز ردهم) أي: الأسارى (إلى دارهم)؛ لأن فيه تقويتهم على المسلمين.

(ولا المن) أي: ترك الأسارى بلا أخذ شيء منهم؛ لأنه بالأسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه.. فلا يجوز إسقاطه بلا منفعة وعوض، وما روي أن رسول الله ﷺ منّ على بعض الأسارى يوم بدر - وهو قول الشافعي - منسوخ بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾.

(ولا الفداء بالمال) أي: لا يجوز إطلاق الأسارى بأخذ المال منهم؛ لما فيه من تقويتهم، ولأنهم ربما يعودون علينا حرباً. هذا في المشهور من الرواية من أصحابنا.

(وقيل: لا بأس به عند الحاجة إليه)، وهو رواية «السير الكبير».

(ويجوز) الفداء (بالأسارى) بأن يعطى أساراهم ويؤخذ منهم أسارى المسلمين (عندهما). ولا يجوز ذلك عند أبي حنيفة كالفداء بالمال؛ لأن فيه تقوية لهم، ورفع شرهم خير من استخلاص أسيرنا؛ لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير

وتُذبَحُ مواشٍ شقّ نقلُهَا، وَتحرَقُ وَلَا تُعقَرُ، ويُحرقُ سلاحٌ شقَّ نقلُهُ.
وَلَا تُقْسَمُ غنيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ، ....

مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا؛ لأنهم ربما يعودون علينا حرباً.

ولهما: أن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به، وهو قول الشافعي.

(**وتذبح مواش شق نقلها**) إلى دارنا (**وتحرق**) أي: تحرق بعد الذبح بالنار؛ لما فيه من الإضرار بهم وكسر شوكتهم، والذبح لغرض صحيح غير الأكل: جائز، وأما التحريق قبل الذبح.. فغير جائز؛ للنهي عنه.

(**ولا تعقر**) بقطع قوائمه، لما فيه من المثلة المنهي عنها.

وعن مالك: أنه يعقر؛ لما روي أن جعفر بن أبي طالب عقر فرسه.

قلنا: ذلك كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة، فخشي أن ينال المشركون فرسه، ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال، أو كان ذلك قبل نسخ المثلة، أو قبل علمه نسخها.

والحاصل: أنا نذبح مواشيهم إذا شق نقلها، وتحرق بعد الذبح، ولا تعقر إن أمكن ذلك، وإلا.. [٦٨٢/أ] نعقرها، ولا نتركها، خلافاً للشافعي قال: نتركها ولا نعقرها.

(**ويحرق سلاح شق نقله**) لما ذكرناه، وما لا يحترق منه يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم.

(**ولا تقسم غنيمة في دار الحرب**) حتى تخرج إلى دار الإسلام.

وقال الشافعي: لا بأس بذلك إذا انهزم الكفار.

وعن أبي يوسف: الأحب إلي أن لا يقسمها حتى يحرزها بدار الإسلام. ذكره الكرخي.

ثم أصل هذا الخلاف: أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا، وعنده: يثبت بهزيمة الكفار. كذا في «الهداية» وغيرها.

وأورد عليه: أن حقيقة مذهب الشافعي: أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين؛ إما بالقسمة حيثما كانت، أو باختيار الغانم التملك، وليس هو قائلاً: أن الملك يثبت للغانمين بهزيمة الكفار كما نقلوا عنه.

وعندنا: لا يثبت إلا بالقسمة في دار الإسلام.. فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك لأحد، بل يتأكد حق الملك، حتى لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز بدار الإسلام قبل التقسيم.. لا يعتق، ولو كان هناك ملك مشترك.. عتق بعتق الشريك، ويجري فيه ما عرف في حق عتق الشريك.

ويبتنى على هذا الأصل مسائل:

منها: لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه.. يثبت نسبه عنده؛ لاختياره التملك.

وعندنا: لا يثبت نسبه، وعليه العقر؛ لأنه لا يحد لثبوت سبب الملك، وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين.

وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة.. لا يثبت نسبه عندنا وإن تأكد الحق؛ لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل، بخلاف استيلاد جارية الابن؛ لأن له ولاية التملك، فيتملكها بناء على الاستيلاد، وليس له هنا حق تملك الجارية بدون رأي الإمام.

نعم، لو قسمت على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية.. صح استيلاد أحدهم لها؛ فإنه يصح عتقه؛ لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك، وعتق أحد الشركاء نافذ، لكن هذا إذا كانوا قليلاً حتى تكون الشركة خاصة؛ أما إذا كثروا.. فلا؛ لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق.

واختلفوا في حد القليل: قيل مئة، وقيل: أربعون، وفيه أقوال أخر.

وفي «المبسوط»: [٦٨٢/ب] والأولى: أن لا يوقت ويجعل موكولاً إلى اجتهاد الإمام.

ومنها: جواز بيع الإمام لبعض الغنيمة في دار الحرب، وعدم جوازه: يجوز عنده، لا عندنا؛ بناء على الأصل المذكور.

ومنها: لو مات بعض الغزاة أو قتل في دار الحرب.. لا يورث سهمه عندنا، ويورث عنده.

فإن قيل: قد مر أن الملك عنده يثبت بأحد الأمرين: بالقسمة أو باختياره التملك، ولم يوجد شيء منهما فيمن مات أو قتل في دار الحرب قبل القسمة واختياره التملك.. فكيف يورث عنده، والإرث لا يجري إلا في الملك؟!

قلنا: الحق المؤكد يورث بالاتفاق بيننا وبينهم؛ كحق الرهن والرد بالعيب، بخلاف الحق الضعيف كالشفعة، وخيار الشرط والغنيمة حق مؤكد للغانمين بمجرد الهزيمة عندهم، حتى صح منه التملك؛ فصح توريثه بناء على تأكده بالهزيمة؛ كما صح توريثه عندنا إذا مات في دار الإسلام قبل القسمة؛ لتأكده بالإحراز بدار الإسلام، وأما قبل الإحراز بدار الإسلام.. فحق التملك فيه ضعيف، حتى جاز تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة، ولم يضمن ما أتلف فيه من الغنيمة ولم يورث.

ومنها: لو لحق المدد في دار الحرب قبل التقسيم.. شارك عندنا لا عنده؛ للتأكد عنده بالهزيمة، وعدم التأكد عندنا، وإنما الثابت للغزاة عندنا بعد الهزيمة: حق الملك لا حق التملك، ولهذا - أي: لثبوت حق الملك لهم -: لو أسلم الأسير قبل الإحراز بدار الإسلام.. لا يعتق؛ وكذا أرباب الأموال إذا أسلموا بعد أخذ أموالهم قبل الإحراز بدار الإسلام وقبل أخذ أنفسهم.. لا يملكون شيئاً منها، بل هم من

جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق، بسبب الشركة في الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد.

ومنها: أنه لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة في دار الحرب.. لا يضمن عندنا، ويضمن عنده ثم، وفيه قول الشافعي: أن سبب الملك - وهو الاستيلاد - قد تحقق وتم بالهزيمة؛ لأن بها قد ورد الاستيلاء على مال مباح فيملكه؛ ولأنه ﷺ قسم غنائم حنين في دار الحرب.

قلنا: لا نسلم أن سبب الملك تم بالهزيمة، وإنما يتم أن لو ثبت الاستيلاء بمجرد إثبات اليد الحافظة فقط، ولكنه لا يثبت بمجرد اليد الحافظة، بل لا بد من مجموع اليد الحافظة والناقلة، والأولى وإن تحققت بالهزيمة.. لكن الثانية غير متحققة بها؛ لقدرتهم على الاستغناء ما دام في الحرب، فلم يتحقق [٦٨٣/أ] الاستيلاء من كل وجه ما دام في دارهم.. فلم يتم سبب ملك المباح، فلم يملك، فلم تصح القسمة؛ لأن القسمة بيع معنى، فلم يصح بدون سببه، ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب، ولما كانت القسمة في معناه.. دخل تحت النهي عن البيع، وأما قسمة النبي ﷺ غنائم حنين.. فكان بعد منصرفه إلى الجعرانة، وكانت أول حدود الإسلام.

ثم اعلم أن هذا الخلاف فيما إذا قسم الإمام بلا اجتهاد، أو اجتهد فوقع اجتهاده على عدم صحتها قبل الإخراج.

وأما إذا قسم في دار الحرب مجتهداً، فوقع اجتهاده على صحتها لحاجة اقتضها؛ كحاجة الغانمين إلى القسمة، أو لعدم حمولة يحملها عليها.. فلا خلاف في جوازها وثبوت الأحكام.

ثم اختلفوا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الإحراز بدار الإسلام، وفي جوازها، أو في عدم كراهتها، أو في كراهتها:

إِلَّا لِلإِيداعِ ثُمَّ تُرَدُّ.
وَلَا تُبَاعُ قبلَ الْقِسْمَةِ.
والمُقاتِلُ والرِدءُ سَوَاءٌ فِي الْغَنِيمَةِ.

فقيل: المراد: عدم جوازها عندنا، وجوازها عنده، حتى لا تثبت الأحكام من حل الوطء والأكل ونفاذ البيع عندنا، ويثبت عنده.

وقيل: الكراهة عندنا، وعدمها عنده، لا عدم جوازها؛ لأنهم إذا اشتغلوا بها.. يتكاسلون في أمر الحرب، وربما يتفرقون؛ فربما يأخذ العدو على بعضهم، فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه.. فلا يعدم الجواز.

واختلف القائلون بالكراهة؛ في أنها: تنزيهية، أو تحريمية:

قيل: إنها تنزيهية عند محمد، وتحريمية عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**إلا للإيداع، ثم ترد**) بعد الإخراج إلى دارنا لتقسم بينهم، وذلك إذا لم يكن للإمام حمولة في بيت المال، وإلا.. فليس له الإيداع. ثم إن أبوا أن يحملوها.. أجبرهم الإمام على الحمل بأجر المثل في رواية؛ لأنه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص؛ كما لو استأجر دابة شهراً فمضت المدة في المفازة؛ فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل.

ولا يجبرهم في رواية «الجامع الصغير»؛ إذ لا جبر على عقد الإجارة ابتداء، وما استشهده، ليس بابتداء حال البقاء، وما نحن فيه: حال الابتداء.. فلا يقاس عليه.

(**ولا تباع**) الغنيمة (**قبل القسمة**)؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغنيمة قبل القسمة؛ ولأنه قبل الإحراز بدار الإسلام لا يملكه على ما ذكرناه، وبعد الإحراز: مجهول نصيبه جهالة فاحشة.. فلا يصح بيعها.

(**والمقاتل**) أي من يباشر القتل (**والردء**) - أي: المعاون - (**سواء في**) استحقاق (**الغنيمة**)؛ لاستوائهم في السبب [٦٨٣/ب] وهو التجاور بدار الحرب بنية القتال عندنا، وشهود الوقعة عند الشافعي.

وَكَذَا مَدَدٌ لَحِقَهُم قبلَ إِحرازِها بِدَارِنَا.

وَلَا حقَّ فِيهَا لسُوقِيٍّ لم يُقَاتِلْ، وَلَا لِمَنْ مَاتَ فِي دَارِ الْحَرْبِ قبلَ الْإِحْرَازِ بِدَارِنَا.

وكذلك من لم يقاتل لمرض أو غيره؛ للاستواء المذكور.

(وكذا) أي يستحق الغنيمة **(مدد لحقهم)** في دار الحرب **(قبل إحرازها بدارنا)**؛ سواء كان قبل انقضاء القتال أو بعده، خلافاً للشافعي فيما بعد انقضاء القتال، قال: لا يستحق الغنيمة مدد لحقهم بعد انقضاء القتال؛ بناء على ما مر من أن الملك يثبت بالهزيمة والأخذ قهراً عنده.

وعندنا: لا يثبت؛ لأن سبب الملك عندنا هو الإحراز بدار الإسلام؛ فإذا شارك المدد الجيش في الإحراز الذي يتم به السبب بأن لحقهم قبل الإحراز؛ سواء كان وقت القتال أو بعد انقضائه.. شاركوهم في تأكد الحق به، وإنما تنقطع المشاركة بالإحراز بدار الإسلام، أو بقسمة الإمام في دار الحرب، أو ببيعه فيه المغانم؛ لأن بكل منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد، فما لم تنقطع المشاركة بأحد هذه الثلاثة.. يستحق المدد الغنيمة معهم عندنا.

(ولا حق لسوقي لم يقاتل)، خلافاً للشافعي في قول؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «الغنيمة لمن شهد الوقعة».

ولنا: أنه لم يوجد المجاوزة على قصد القتال، فانعدم السبب الظاهر؛ فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال؛ فإن وجد منهم القتال.. فيستحق على حسب حالهم فارساً أو راجلاً، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه، أو تأويله: إن شهدها على قصد القتال.

(ولا لمن مات في دار الحرب قبل الإحراز بدارنا)؛ سواء مات قبل استقرار الهزيمة أو بعدها، خلافاً للشافعي فيما بعد الاستقرار بناء على ما مر من أن الملك قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت ولا يتأكد عندنا، وعنده يتأكد بالهزيمة.

وَلَو بعدَ الْإِحْرَازِ.. يُورَثُ نصِيبُهُ وَيُنْتَفَعُ فِيهَا بِلَا قِسْمَةٍ: بِالسِّلَاحِ، وَالرُّكُوبِ واللُّبسِ إِنِ احْتِيجَ.

وبالعلَفِ والحَطَبِ والدُّهنِ وَالطِّيبِ مُطلقاً.

وَقيلَ: إِن احْتِيجَ.

لَا بِالْبيعِ أصلاً، وَلَا التموُّلِ، وَلَا بعدَ الخروجِ، بل يُرَدُّ مَا فَضُلَ إِلَى الْغَنِيمَةِ.

(ولو) مات (بعد الإحراز.. يورث نصيبه) بالاتفاق، وقد ذكرناه آنفاً.

(وينتفع منها) أي من الغنيمة (بلا قسمة؛ بالسلاح، والركوب) بالدواب، (واللبس) باللباس؛ (إن احتيج)؛ لأن الكل مشترك فيها.. فلا يباح الانتفاع إلا عند الحاجة.

(وبالعلف) والطعام؛ كالخبز واللحم، (والحطب والدهن والطيب مطلقاً)؛ أي: عند الحاجة وعدمها؛ لقوله ﷺ في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها» والباقي في حكم الطعام.

(وقيل: إن احتيج) - وهي رواية «السير الصغير» لمحمد -.

(لا) يجوز الانتفاع (بالبيع أصلاً) أي: بالذهب والفضة والعروض، عند الحاجة أو لا؛ لأن مدار البيع على الملك، ولم يوجد قبل القسمة، ومدار الانتفاع على الحاجة، وقد اندفعت بالإباحة.

(ولا التمول) أي [٦٨٤/أ] بالبيع بالعروض وغيره؛ لعدم الضرورة.

(ولا بعد الخروج) إلى دارنا، ولو بطريق الإباحة بالطعام والدواب والسلاح وغيرها؛ لزوال المبيح، وهو الضرورة في دارهم.

(بل يرد ما فضل إلى الغنيمة) إن كان باقياً.

وَإِنِ انْتفعَ بِهِ.. ردَّ قِيمَتَهُ.

وَإِن قُسِمَتْ قبلَ الرَّدِّ.. تصدَّقَ بِهِ لَو غَنِياً.

وَمَن أَسلَمَ مِنْهُم قبلَ أَخذِهِ.. أَحرزَ نَفسَهُ وطِفلَهُ وكلَّ مَالٍ هُوَ مَعَهُ، أَو وَدِيعَةً عِنْدَ مُسلِمٍ أَو ذِمِّيٍ، وعقارهُ فَيْءٌ.

(وإن انتفع به) أي: بما فضل (.. رد قيمته) إلى الغنيمة، وكذا لو باع شيئاً منها.. رد ثمنه إلى الغنيمة.

(وإن قسمت) الغنيمة (قبل الرد) أي رد عين ما فضل إن كان باقياً، أو قيمته إن كان هالكاً، أو ثمن ما باعه (.. تصدق به) أي: بعينه أو بقيمته أو ثمنه (لو غنياً) لزوال حاجته، ولو كان فقيراً.. ينتفع بما بقي، ولا شيء عليه في الهالك.

(ومن أسلم منهم قبل أخذه) أي حربي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهر المسلمون على الدار (.. أحرز نفسه وطفله)؛ لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق، وطفله تبع له في الإسلام.

(وكل) - بالنصب عطف على نفسه - (مال هو معه) لقوله ﷺ: «من أسلم على مال.. فهو له».

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه.

(أو وديعة) - بالرفع عطف على الخبر - (عند مسلم أو ذمي)؛ لأنه في يد صحيحة محترمة، ويده؛ أي: يد المودع كيده، بخلاف يد الغاصب.. فإنها ليست بصحيحة ، وبخلاف يد الحربي ولو وديعة؛ فإن يده ليست بمحترمة؛ فكان ما عندهما فيئاً على ما سيأتي.

(وعقاره فَيْء)، وقال الشافعي: هو له أيضاً؛ لأنه في يده.

قلنا: إن العقار في يد أهل الدار وسلطانها؛ إذ هو من جملة دار الحرب، فلم يكن في يده حقيقة.

وقيل: كونه فيئاً قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر.

وَقيل: فِيهِ خلاف مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ فِي قَوْله الأوَّلِ.

وَولَدَهُ الْكَبِيرُ، وَزَوجتُهُ، وَحملُهَا، وَعَبدُهُ الْمقَاتِلُ؛ وَمَالُهُ مَعَ حَرْبِيٍّ بِغَصبٍ أَو وَدِيعَةٍ.. فَيْءٌ.

وَكَذَا مَالُهُ مَعَ مُسلمٍ أَو ذمِّيٍّ بِغَصبٍ، خلافاً لَهما. ....

(**وقيل: فيه**) - أي: في كون العقار فيئاً - (**خلاف محمد وأبي يوسف في قوله الأول**)؛ حيث قالا: هو كغيره من الأموال؛ لأنه ملك محترم له كالمنقول.

(**وولده الكبير**) أي: فيء؛ لأنهم حربيون، ولا تبعية لهم لآبائهم في الإسلام.

(**وزوجته**) أي: فيء؛ لأنها كافرة حربية لا تبعية لها، (**وحملها**)؛ لأنه جزؤها فيتبعها في الرقبة، والمسلم أهل للتملك تبعاً.

(**وعبده المقاتل**) أي: فيء؛ لأنه لما تمرد على مولاه.. خرج من يده وصار تبعاً لأهل الحرب.

(**وماله مع حربي بغصب أو وديعة فيء**)؛ لأن يد الحربي ليست بمحترمة.

(**وكذا ماله مع مسلم أو ذمي بغصب**) عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**) على ما ذكره في «شرح الجامع الصغير».

لهما: أن المال تابع للنفس؛ لكونه وقاية لها، والنفس صارت معصومة بالإسلام، فكذا ما يتبعها.

وله: أن ما غصبهما من [٦٨٤/ب] الحربي الذي أسلم مال مباح؛ لعدم إحرازه حقيقة وحكماً، وكل مال كذلك.. يملك بالاستيلاء، ولا نسلم أن النفس معصومة بالإسلام، وإلا.. لصارت متقومة، إلا أنها ليست بمتقومة، إلا أنه محرم التعرض في الأصل؛ لكونه مكلفاً حتى تقوم بما كلفت به، وإباحة التعرض إنما هي بعارض شره، وقد اندفع شره بالإسلام، فعادت إلى أصلها، لا باعتبار أنها معصومة، بخلاف المال؛ لأنه خلق عرضة للامتهان والابتذال، فكان محلاً للتملك؛ فإذا كان كذلك.. كان

وَقِيل: أَبُو يُوسُفَ مَعَ الإِمَامِ.

المقتضي موجود، وهو الاستيلاء، والمانع معدوماً وهو كونه في يده حقيقة وحكماً، أو حكماً مع الاحترام.

ويد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك حتى تثبت يده حكماً، فيجعل كأنه ليس في يد أحد، فيكون فيئاً.

(**وقيل أبو يوسف مع الإمام**)، وهو المذكور في «السير الكبير».

واعلم أن ههنا أربع مسائل:

أحديها: ما ذكره المصنف مع أحكامه من قوله: «ومن أسلم منهم قبل أخذه» إلى هنا.

وثانيها: أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا، ثم ظهر المسلمون على الدار.. فجميع ماله في دار الحرب فيء، إلا أولاده الصغار؛ لأنه حين أسلم كان مستتبعاً لهم، فصاروا مسلمين تبعاً لآبائهم، فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم؛ لانقطاع يده عنهم بالتباين فيغنم.

وما أودع مسلماً أو ذمياً ليس فيئاً؛ لأن يدهما يد صحيحة محترمة على ذلك المال، فصار كيد صاحبه، فيدفع إحراز المسلم، فيرد إلى صاحبه.

وما أودع حربياً.. ففي ظاهر الرواية: فيء.

وعن أبي حنيفة: أنه له؛ لأن يده تخلف يده.

ووجه الظاهر: أنها ليست يداً محترمة حتى لا يدفع أغنام المسلمين عن أمواله، ولهذا قيدنا مسألة الكتاب بقولنا: «ولم يخرج إلينا»؛ احترازاً عن هذه المسألة.

وثالثها: مستأمن أسلم في دار الإسلام، ثم ظهر المسلمون على داره.. فجميع ما خلفه في دار الحرب من الأولاد الصغار والكبار والأموال والعقار: فيء؛ لأن تباين الدار قاطع للعصمة، فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم.

أما في غير الأولاد.. فظاهر.

وأما فيهم.. فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه؛ لانقطاع التبعية بتباين الدارين، فكانوا من جملة الأموال.

ورابعها: دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان واشترى منهم أموالاً وأولاداً، ثم ظهرنا على الدار.. فالكل له، إلا الدور والأرضين.. فإنها فيء.

وعن هاتين المسألتين احترزنا [٦٨٥/أ] بقولنا: «حربي أسلم في دار الحرب».

* * *

(فصلٌ)

وتقسَمُ الْغَنِيمَةُ للرَّاجِلِ: سهمٌ، وللفارِسِ: سَهْمَانِ.

وَعِنْدَهُمَا: ثَلَاثَةُ أَسْهمٍ لَهُ، ولفرسِهِ: سَهْمَانِ.

وَلَا يُسهَمُ لِأَكْثَرِ مِن فرسٍ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُسهَمُ لفرسَينِ.

(فصل)
في كَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الغَنِيمَة

يقسمها الإمام بعد إخراج خمسها؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾، وهكذا قسمها رسول الله ﷺ، وعليه انعقد الإجماع.

(**وتقسم الغنيمة للراجل: سهم، وللفارس: سهمان**) عند أبي حنيفة، وزفر معه.

(**وعندهما: ثلاثة أسهم**) سهم (**له ولفرسه سهمان**)، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم؛ لما روى ابن عمر: أن النبي ﷺ أعطى الفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهماً، ولأن الاستحقاق بالكفاية، وكفايته على ثلاثة أمثال الراجل؛ لأنها للكر والفر والثبات، والراجل للثبات فقط.

ولأبي حنيفة: ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً، فتعارض فعلاه.. فلا يصح الاحتجاج بهما، فيعمل بقوله، وهو قوله ﷺ: «للفارس سهمان، وللراجل سهم»، والكر والفر من جنس واحد، فيكون كفايته مثلي كفاية الراجل، فيفضل عليهم بسهم.

(**ولا يسهم لأكثر من فرس؛ وعند أبي يوسف: يسهم لفرسين**)؛ لما روي أنه ﷺ أسهم للفرسين، ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر.

ولهما: ما روي أن البراء بن أوس قاد فرسين.. فلم يسهم له ﷺ إلا لفرس واحد، ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة، فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما، فيسهم لواحد، وما رواه: محمول على التنفيل.

والبَراذينُ كالعتاقِ.

وَلَا يُسهَمُ لِراحِلَةٍ وَلَا بغلٍ.

وَالْعبْرَةُ لكَونِهِ فَارِساً أَو رَاجِلاً: عِنْدَ الْمُجَاوزَةِ، فَيَنْبَغِي للْإِمَامِ أَن يعرضَ الْجَيْشَ عِنْدَ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ؛ ليعلمَ الْفَارِسَ مِنَ الرَّاجلِ؛ فَمن جَاوزَ رَاجِلاً فَاشْترى فرساً.. فَلهُ سهمُ راجلٍ.

وَمن جَاوزَ فَارِساً فنَفَقَ فرسُهُ.. فَلهُ سهمُ فَارسٍ.

(والبراذين) - جمع البرذون: وهو فرس العجم - (كالعتاق) بالتاء المثناة الفوقية، أي: الكرائم، يقال: عتاق الطير والخيل لكريمها، والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ﴾؛ حيث أضاف الإرهاب إلى جنس الخيل، واسم الخيل ينطلق على جميع أنواع الخيل إطلاقاً واحداً، ولأن العربي وإن كان في الطلب والهرب أقوى.. فالبرذون أصبر وألين عطفاً.

(ولا يسهم لراحلة) وهو المركب من الإبل ذكر أو أنثى، (ولا بغل)؛ لأن اسم الخيل لا ينطلق عليها.

(والعبرة: لكونه فارساً أو راجلاً عند المجاوزة) إلى دار الحرب؛ لأن نفس المجاوزة قتال؛ لحصول خوف العدو بها؛ فإذا وجد أصل القتال ابتداء فارساً أو راجلاً وهو سبب الاستحقاق.. يستحق السهم، ثم لم يتغير الحال بعدها؛ لأن الحال بعدها حالة الدوام، ولا معتبر بها، ولأن الوقوف على حقيقة القتال متعسّر: فتقام المجاوزة مقامه؛ لكونها سبباً مفضياً إليه فيما إذا كان على قصد القتال، وهو المراد.

(فينبغي للإمام أن [٦٨٥/ب] أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب؛ ليعلم الفارس من الراجل؛ فمن جاوز راجلاً فاشترى فرساً.. فله سهم راجل، ومن جاوز فارساً فنفق) أي هلك (فرسه.. فله سهم فارس)؛ لأن العبرة وقت المجاوزة.

وَلَو بَاعَهُ قبلَ الْقِتَالِ أَو وهَبَهُ أَو آجَرَهُ أَو رَهنَهُ.. فسهمُ راجلٍ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ.

وَكَذَا لَو كَانَ مَرِيضاً أَو مُهراً لا يُقَاتَلُ عَلَيْهِ.

وَلَا سهَمُ لمملوكٍ أَو مكَاتَبٍ أَو صبيٍّ أَوِ امْرَأَةٍ أَو ذمِّيٍّ، بل يُرْضَخُ لهم بِحَسَبِ مَا يَرى ....

(**ولو باعه قبل القتال**) بعد أن دخل فارساً (**أو وهبه أو آجره أو رهنه.. فسهم راجل في ظاهر الرواية**)؛ لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يستحق بسهم الفارس اعتباراً للمجاوزة، وأما لو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان.. يستحق سهم الفارس بالاتفاق، وكذا لو باعه بعد الفراغ.. لم يسقط سهم الفارس.

واختلفوا فيما إذا باعه حالة القتال، والأصح على ما في «الهداية»: أنه يسقط لما ذكرناه.

(**وكذا**) أي: يستحق سهم الراجل (**لو كان**) فرسه (**مريضاً**) لا يقاتل عليه، (**أو مهراً**) - وهو ولد الخيل - (**لا يقاتل عليه**)؛ لعدم العلة، وهي القدرة على القتال.

ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر، ثم استرده المالك فقاتل راجلاً.. يستحق سهم الراجل في رواية كالمريض والمهر؛ لأنه يعلم وقت المجاوزة: أن صاحبه يسترده أي وقت شاء، وأن وقت الإجارة ينقضي.

وفي رواية أخرى: يستحق بسهم الفارس اعتباراً بوقت المجاوزة.

(**ولا سهم لمملوك أو مكاتب أو صبي أو امرأة أو ذمي، بل يرضخ لهم**) أي: يعطى شيء قليل لا يبلغ سهم الغنيمة؛ لأنهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد إلا في دلالة الذمي؛ فإنه يزاد على السهم إذا كان في دلالته منفعة عظيمة؛ لأن الدلالة ليست من عمل الجهاد.. فلا يلزم منه التسوية في الجهاد، وما يأخذه في الدلالة: بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغاً ما بلغ (**بحسب ما يرى**) الإمام؛ تحريضاً لهم على القتال

إِن قَاتَلُوا، أَو داوتِ الْمَرْأَةُ الْجَرْحى، أَو دلَّ الذِّمِّيُّ على عَوْرَاتِهِمْ وعَلى الطَّرِيقِ.

وَالْخُمُسُ لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ، وَيقدَّمُ ذَوو الْقُرْبَى الْفُقَرَاءُ، وَلَا حقَّ فِيهِ لأَغنيائِهم.

(**إن قاتلوا، أو داوت المرأة الجرحى، أو دل الذمي على عوراتهم وعلى الطريق**)؛ لما روي أن النبي ﷺ كان يغزو مع النساء والصبيان والعبيد، ولا يسهم لهم، وكان يرضخ، ولأن الجهاد عبادة، والذمي ليس من أهلها، والمرأة والصبي عاجزان عنه، والعبد لا يمكنه مولاه، وله منعه، فلم يستحقوا السهم الكامل، لكن يرضخ لهم الإمام على قدر ما يرضاه؛ تحريضاً لهم على القتال. إلى هنا ذكر أحكام الأربعة الأخماس.

ثم شرع في بيان ما أخذه الإمام من الخمس فقال: (**والخمس: لليتامى، والمساكين،** [٦٨٦/أ] **وابن السبيل**) أي: يقسم على هذه الثلاثة.

(**ويقدم منهم**) أي: في هذه الأصناف الثلاثة (**ذوو القربى الفقراء**) أي: فقراء أقرباء النبي ﷺ من بني المطلب وبني هاشم دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل، فأيتام ذوي القربى: يدخلون في سهم اليتامى، ويقدمون عليهم، ومساكين ذوي القربى: يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم.

وأبناء السبيل منهم: يقدمون على سهم أبناء السبيل من غيرهم.

ثم هذه الأصناف الثلاثة مصارف لها لا مستحقون لها، حتى أن الإمام لو صرف إلى صنف واحد منهم.. جاز عندنا كما في الصدقات على ما صرّح به في «قاضي خان» وغيره، فالأولى: أن يقول بدل قوله: (**ولا حق**): «ولا يعطى» (**فيه**) أي في الخمس (**لأغنيائهم**) أي: ذوي القربى.

وقال الشافعي: لهم خمس الخمس، يستوي فيه غينهم وفقيرهم.

والحاصل: أن الخمس يقسم أثلاثاً عندنا على الأصناف الثلاثة، وأخماساً عنده:

سهم لرسول الله ﷺ في حياته، وبعده يصرف إلى الخليفة، ويصرفه الخليفة إلى مصالح المسلمين.

وسهم ذوي القربى، يستوي فيه غنيهم وفقيرهم؛ يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وثلاثة أسهم للأصناف الثلاثة؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ الآية، وليس فيها تخصيص ذوي القربى بالفقراء.

قلنا: إن الخلفاء الراشدين قسموا الخمس على الأصناف الثلاثة على نحو ما قلنا بعد رسول الله ﷺ؛ لما روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس: أن الخمس كانت تقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم: لله وللرسول سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، وكفى بهم قدوة، ولم يخالفهم أحد.. فكان إجماعاً.

وقد قال النبي ﷺ: «يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم، وعوضكم منها بخمس الخمس» والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه العوض، وهو الفقر، والصدقة حرام للأغنياء.. فكذا الخمس.

وأما ما ثبت وصح أن النبي ﷺ قد أعطى لبني هاشم وبني المطلب.. فجوابه أنه ﷺ إنما أعطاهم لنصرتهم له ﷺ بالمواساة [٦٨٦/ب] بالكلام والمصاحبة والمجالسة، لا بالمقاتلة؛ لأن لهم حقاً مستحقاً في الخمس، ولهذا علل النبي ﷺ إعطاءه لهم حين سئل عنه، وقال: «لأنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية

وذِكْرُهُ تَعَالَى: للتَّبرُّكِ.

والإسلام» وشبك بين أصابعه، فثبت أن لا سهم لذوي القربى سوى الأصناف الثلاثة.

ومن هنا قال بعض مشايخنا: إن تعليله ﷺ إعطاءه لهم بالنصرة قد دل على أن المراد بالقربى في قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ قربى النصرة لا قربى القرابة والمحرمية.

وإذا كان إعطاؤه لهم لنصرتهم له لا لقرابتهم.. فقد انتهت النصرة بموته ﷺ؛ لأن المراد بالنصرة ههنا: هي النصرة بالمواساة بالكلام والمصاحبة معه، لا بالمقاتلة معه، ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب، وإذا انتهت النصرة.. انتهى الإعطاء لهم أيضاً مطلقاً؛ لفقرائهم وأغنيائهم جميعاً، وهو مذهب الطحاوي؛ فإنه يقول: إن سهم ذوي القربى سقط بعد النبي ﷺ، لا يعطى لفقرائهم وأغنيائهم شيء من الخمس؛ لانتهاء الحكم بانتهاء علته، ولأن الخلفاء الراشدين قسموه على أصناف ثلاثة، ولا يظن بهم أن النص المذكور، أعني: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ خفي عليهم، أو أنهم منعوا حق ذوي القربى؛ فلو لم يسقط حقهم بعد حياة النبي ﷺ.. لأعطوهم.

وقال الكرخي وعامة العلماء بعده: يستحق فقراؤهم بعد النبي ﷺ لفقرهم، وإنما سقط حق أغنيائهم، فيدخل فقراؤهم في الأصناف الثلاثة على ما ذكرناه.

فإن قيل: لو كان استحقاقهم بالفقر فيلزم أن لا فائدة في ذكر اسم اليتيم في القرآن.

أجيب عنه: بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئاً؛ لأن استحقاقها بالجهاد، واليتيم صغير لا يقدر الجهاد، فلا يستحقها.

قالوا: والأظهر: قول الكرخي، ولهذا اختاره المصنف.

(وذكره تعالى) في قوله: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾؛ **(للتبرك)** باسمه لا لبيان أنه مصرف.

وَسَهْم النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ سقطَ بِمَوْتِهِ كالصَّفِيِّ.

وَإِن دخلَ دَارَ الْحَرْبِ مَن لَا مَنْعَةَ لَهُ بِلَا إِذنِ الإِمَامِ.. لَا يُخْمَسُ مَا أخذُوه.

وَإِن كَانَ بِإِذْنِهِ أَو لَهُم مَنْعَةٌ.. خُمِّسَ.

وَللْإِمَامِ أَن يُنَفِّلَ ....

(وسهم النبي عليهِ السَّلام) الثابت بقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ ...﴾ الآية **(سقط بموته كالصفي)** أي كما سقط الصفي، وهو شيء كان يصطفيه لنفسه ﷺ مثل درع أو سيف أو جارية، وكان الشافعي يقول: سهم النبي ﷺ يصرف إلى الخليفة بعد وفاته.

قلنا: إنما يستحق ذلك لرسالته، ولا رسالة بعده.. فسقط لتمام علته.

(وإن دخل دار الحرب من لا منعة له بلا إذن الإمام.. لا يُخْمَس) بتخفيف الميم؛ أي: لا يؤخذ منهم خمس **(ما أخذوه)**؛ لأن الخمس وظيفة الغنيمة، وما أخذوه ليس بغنيمة؛ لأنها هي [٦٨٧/أ] المأخوذة قهراً وغلبة، لا اختلاساً وسرقة.

(وإن كان) دخل من لا منعة له **(بإذنه)** أي بإذن الإمام، **(أو لهم منعة)** وإن لم يكن لهم إذن الإمام (.. خُمِّس). **أما في الأول:** فهو المشهور في الرواية، وفي رواية أخرى: لا يخمس؛ لأن العدد اليسير إنما يدخلون لاكتساب المال لا لإعزاز الدين وإن أذن لهم الإمام؛ فصار كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة.

ووجه المشهور: أنه لما أذن لهم الإمام.. فقد التزم نصرتهم بالإمداد، فصار كالمنعة.

وأما في الثاني: فلا نسلم أخذوه قهراً وغلبة فكان غنيمة، وفي «فتح القدير» نقلاً عن «المحيط» عن أبي يوسف: أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها: بسبعة، والتي لها منعة: بعشرة. هكذا وقع في النسخ.

فبقي ما بين السبعة والعشرة واسطة، ولو قيل: إن السبعة مصحَّف من التسعة.. لارتفع الواسطة.

(وللإمام أن يُنَفِّل) التنفيل: إعطاء النفل، والمراد به ههنا التحريض على القتال بشيء مما سيأتي ذكره.

قبلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ، وَقبلَ أَن تضعَ الْحَرْبُ أَوزَارَهَا؛ فَيَقُولُ: مَن قتلَ قَتِيلاً.. فَلَهُ سَلَبُهُ، ....

وفي «المغرب»: النفل: هو الزيادة، يقال: لهذا على هذا نفل؛ أي: زيادة، ومنه: النافلة في الصلاة؛ لكونها زائدة على الفرض.

فالمعنى: وللإمام التحريض بإعطاء شيء زائد على سهم الغنيمة.

(**قبل إحراز الغنيمة، وقبل أن تضع الحرب أوزارها**)؛ تحريضاً لهم على القتال؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾، فكان التحريض واجباً، لكنه لا ينحصر في التنفيل، بل يجوز بطريق آخر أيضاً، فكان التنفيل مستحباً.

(**فيقول: من قتل قتيلاً.. فله سلبه**) رواه في «الصحيحين»، والمشهور: أنه مجاز بالأول، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يكون بطريق المشارفة كما نحن فيه، ونحو يمرض المريض، وتضل الضالة، ويهتدي المهتدي.

وثانيهما: أن يكون بطريق الصيرورة؛ نحو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَلِدُوٓاْ إِلَّا فَاجِرًا كَفَّارًا﴾.

والفرق بينهما: أنه لا بد أن يكون الشخص قتيلاً ومريضاً ومهتدياً عقيب تعلق هذا القتل والمرض والهداية بلا تراخ، بخلاف النوع الثاني؛ فإنه لا بد أن يكون الاتصاف متراخياً عن تعلق الفعل؛ فإن الاتصاف بالفجور والكفر متراخ عن تعلق الولادة بالمولود.

والتحقيق: أنه لا مجاز في النوع الأول؛ فإن القتل مثلاً إنما يقع على الشخص المقتول بهذا القتل، لا على الحي حين هو حي، ولا على المقتول بقتل آخر قبل هذا القتل.

فالمعنى: من قتل قتيلاً بهذا القتل؛ أي: من أوقع القتل على شخص فصار مقتولاً بهذا القتل.. فله سلبه، فزمان وقوع القتل والمقتولية واحد، [٦٨٧/ب] وكذا

أَو مَن أَصَابَ شَيْئاً.. فَلَهُ رُبعُهُ، أَو يَقُولُ لسريَّةٍ: جعلتُ لكُمُ الرُّبُعَ بعدَ الْخُمسِ.

الحال في: «يمرض المريض»، و«تضل الضالة» إلى غير ذلك.

ونظيره: ما قاله المحققون: إن معنى قولنا: «الماهية موجودة»: الماهية من حيث هي هي ينضم إليها الوجود، فصارت موجودة بهذا الوجود، يعني: أن الوجود ينضم إلى الماهية المأخوذة وحدها؛ فصارت موجودة بهذا الوجود لا إلى الماهية المأخوذة مع العدم، ولا إلى الماهية المأخوذة مع الوجود؛ لأن كليهما باطلان.

(أو) يقول: (من أصاب شيئاً.. فله ربعه، أو يقول: لسريَّةٍ)؛ فسروها: بالجماعة القليلة، وفي «المغرب»: لم يرد في تحديدها نص، ومحصل ما ذكره في «السير»: أن التسعة فما فوقها: سرية، والثلاثة والأربعة ونحو ذلك: طليعة لا سرية. انتهى.

وقيل: هي من أربعة إلى أربع مئة.

(جعلت لكم الربع بعد الخمس)، وفي «النهاية» عن «السير الكبير»: إن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعاً: ما أصبتم.. فلكم نفلاً بالسوية بعد الخمس: لا يجوز.

وكذلك إذا قال: ما أصبتم.. فلكم، ولم يقل: بعد الخمس، وإن فعله مع السرية.. جاز، وذلك لأن المقصود من التنفيل: التحريض على القتال، وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بزيادة شيء، وفي التعميم إبطال حق الفارس على الراجل، أو إبطال الخمس أيضاً إذا لم يقل بعد الخمس، وإنما جاز ذلك مع السرية.. إذا رأى الإمام فيه مصلحة، وإلا.. فلا.

فإن قيل: أليس في قوله: «من قتل قتيلاً فله سلبه» إبطال الخمس عن السلب؟!

أجيب عنه: بأن المقصود هناك بالتنفيل: التحريض على القتال، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة أهل العسكر عن السلب لم يثبت إبطال الخمس تبعاً، وقد ثبت تبعاً ما لا يثبت مقصوداً؛ كالشرب والطريق في بيع ملكه.

وَلَا يُنَفِّلُ بِكُلِّ الْمَأْخُوذِ، وَلَا بعدَ الْإِحْرَازِ إِلَّا مِنَ الْخُمُسِ.

(**ولا ينفل بكل المأخوذ**) بأن قال: ما أصبتم فهو لكم، أو من أصاب شيئاً فهو له؛ لما فيه من إبطال حق الفارس على الراجل وحق الخمس الثابتين بالنص.

(**ولا بعد الإحراز**) بدار الإسلام؛ لأن حق الغير تأكد بالإحراز (**إلا من الخمس**)؛ لأنه لا حق للغانمين في الخمس.

فإن قيل: وإن لم يكن للغانمين فيه.. فهو للأصناف الثلاثة؛ فكما لا يجوز إبطال حق الغانمين بالتنفيل.. كذا لا يجوز إبطال حق غيرهم.

أجيب: بأنه إنما جاز ذلك باعتبار جعل النفل له من أحد الأصناف الثلاثة، وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكفي على ما تقدم من أنهم مصارف.

ولهذا قال في «الذخيرة»: لا ينبغي [٦٨٨/أ] للإمام أن يضعه في الغني، ويجعل نفلاً له بعد الإصابة؛ لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء؛ فجعله للأغنياء إبطال حقهم، ثم هذا مذهبنا، وبه قال أحمد.

وقال مالك والشافعي: لا يصح التنفيل بعد الإحراز وقبله إلا من الخمس؛ لأنه المفوض إلى رأي الإمام، وما بقي فهو للغانمين.

وأجاب عنه مشايخنا: بأنه إنما كان حقهم بعد الإصابة، وأما قبلها.. فهو مال الكفار، والتنفيل قبل الإصابة.

واعترض عليه في «فتح القدير»: بأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم؛ فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة، وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة، فيكون للغانمين، نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في الحرب، بخلافه بعد الإحراز بدار الإسلام؛ فإن حقهم بعده متأكد، وعلى هذا: لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمها العدو.. ليس له أن ينفل إلا من الخمس؛ لأنه حينئذ بمجرد الإصابة صار محرزاً بدار الإسلام. انتهى.

وَالسَّلَبُ لِلْكُلِّ إِنْ لم يُنَفِّلْ، ....

يريد: أن بالإصابة يخرج يد الكفار ويكون حقاً للغانمين إلا أنه ضعيف قبل الإحراز بدار الإسلام، فيصح للإمام تنفيله.

أقول: قوله: «فإن حقيقته» تعليق التمليك بالإصابة ممنوع، كيف وأن التعليق تنجيز المعلق عند وجود المعلق عليه، فلو كان حقيقته ما ذكر.. لزم وقوع تمليك الإمام منجزاً وكون المنفل له مالكاً بالنفل عند الإصابة، وليس كذلك؛ فإن المنفل له لا يصير مالكاً للنفل عند الإصابة، بل إنما يملكه بعد القسمة في دار الإسلام كسائر الغانمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وإنما يقيد التنفيل عندهما: قطع حق الغير عن المصاب عند الإصابة، لا التمليك على ما سيصرح به، فيكون معنى التنفيل عندهما: تعليق المنع عن حق الغير في المصاب بالإصابة، لا تعليق التمليك للمنفل له بالإصابة، ولا تعليق المنع عن الحق الثابت للغانمين بالإصابة، فيكون معنى قوله: «من أصاب شيئاً فله ربعه»: أن للمنفل له اختصاصاً للمصاب عند الإصابة غير اختصاص الملك أعني مانعية ثبوت حق الغير في المصاب، ولا يلزم منه كون المنفل له مالكاً عند الإصابة؛ فإذا كان معنى التنفيل هو المنع عن ثبوت حق الغير لا المنع عن الحق الثابت.. جاز ذلك للإمام تحريضاً على القتال.

فعلى هذا: تكون اللام في قوله: «فله ربعه» للاختصاص لا للتمليك [٦٨٨/ب].

(**والسلب للكل**) أي: لكل الغانمين قاتلاً أو غيره؛ (**إن لم ينفل**) بقوله: فله سلبه هذا قول أئمتنا، وبه قال مالك.

وقال الشافعي: السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له، وبه قال أحمد، إلا أنه قال: إذا كان من السهم أو الرضخ.

وشرط الشافعي الأول قولاً واحداً، وله فيمن يرضخ قولان:

أحدهما: كقول أحمد.

وَهُوَ: مركَبُهُ، وَمَا عَلَيْهِ، وثيابُهُ، وسلاحُهُ، وَمَا مَعَهُ، لَا مَعَ غُلَامِهِ على دَابَّةٍ أُخْرَى.

والثاني: لا سلب له.

وشرطا أن يقتله مقبلاً لا مدبراً؛ لأن من قتل مقبلاً أكثر عناء فيختص سلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره، وأن لا يرمي سهماً إلى صف المشركين فيصيب واحداً فيقتله؛ لأن ذلك ليس عناء كثيراً؛ إذ كل أحد لا يعجز عنه، فلا يستحق سلبه.

استدل الشافعي أيضاً بقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» قائلاً: بأن هذا القول منه ﷺ نصب الشرع في عموم الأوقات والأحوال؛ لأنه بعث لنصب الشرع، فيحمل كلامه عليه.

قلنا: إنه مأخوذ بقوة الجيش، فيكون غنيمة، فيقسم قسمة الغنائم، وما رواه يحتمل نصب الشرع في عموم الأوقات والأحوال، ويحتمل التنفيل، فيحمل على التنفيل بدليل قوله ﷺ لحبيب بن أبي سلمة: «ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك»؛ فإنه دل على أنه ليس له أخذ السلب بدون تنفيل الإمام، وطيب نفسه قبل الحمل على التنفيل هو الظاهر؛ لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده، ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وحنين؛ للحاجة إلى التحريض، وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال: «من أخذ أسيراً.. فهو له»، ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذا في السلب، وما ذكره من زيادة العناء لا تعتبر في جنس واحد من القتال، وإنما يعتبر في جنسين كالراجل والفارس.

(**وهو**) أي السلب (**مركبه، وما عليه، وثيابه، وسلاحه، وما معه**) من ماله في حقيبة أو في وسطه، (**لا ما مع غلامه على دابة أخرى**). كذا في «الهداية».

وذكر في «المحيط»: لو قال الإمام: من قتل قتيلاً فله فرسه، فقتل رجل راجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين.. يكون فرسه للقاتل؛ لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وهذا متمكن منه، بخلاف ما إذا لم يكن بجنسه؛ لأنه لا يتمكن إلا بالإعراض عن القتال.

والتَّنفيلُ لقطعِ حقِّ الْغَيْرِ لَا للْملكِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

فَلَو قَالَ: مَن أصَابَ جَارِيَةً فَهِيَ لَهُ.. لَا يحلُّ لِمَن أَصَابَهَا الوطءُ، وَلَا البيعُ قبلَ الْإِحْرَازِ، خلافاً لَهُ.

ثم شرع في بيان حكم التنفيل فقال: (**والتنفيل لقطع حق الغير لا للملك**)، وإنما يثبت الملك بعد الإحراز بدار الإسلام؛ [٦٨٩/أ] لما مر أن سبب الملك والنفل هو الاستيلاء والقهر، وذلك إنما يتم بإثبات اليد الحافظة والنافلة، وما لم يثبت الإحراز بدار الإسلام.. لم تثبت اليد النافلة، فلم يثبت الاستيلاء والقهر؛ لأنه ما دام في دار الحرب: مقهور داراً، قاهر يداً، فيكون السبب ثابتاً في حقه من وجه دون وجه، لا من كل وجه، فلم يعتبر.

(**خلافاً لمحمد**)، له: أنه اختص به التنفيل فيملكه، وهو قول مالك والشافعي.

(**فلو قال**) الإمام: (**من أصاب جارية فهي له.. لا يحل لمن أصابها الوطء**) في دار الحرب ولو بعد الاستبراء، (**ولا البيع قبل الإحراز**) بدار الإسلام؛ لعدم الملك.

(**خلافاً له**) قال: يجوز له وطؤها وبيعها قبل الإحراز؛ لثبوت الملك عنده بالتنفيل؛ فصار كمن شراها في دار الحرب أو من ملكها بعد قسم الإمام في دار الحرب مجتهداً؛ فإنه يحل وطؤها له بالإجماع بعد الاستبراء.

* * *

(بَابُ اسْتِيلَاءِ الْكفَّارِ)

(بَابُ استِيلَاءِ الكُفَّار)

لما ذكر استيلاءنا على الكفار.. أعقبه بذكر عكسه؛ لاشتماله على أحكام مختلفة، فكان خليقاً بتبويب باب له، وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين.

واعلم: أنه ينبغي ههنا أن يعرف متى تصير دار الإسلام دار الحرب:

ففي «العمادي»: قال أبو حنيفة: إن دار الإسلام لا تصير دار حرب إلا بإجراء أحكام الترك فيها، وأن تكون متصلة بدار الحرب بأن لا يكون بينها وبين دار الحرب مصر آخر للمسلمين، وأن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمناً بالأمان الأول، فما لم توجد هذه الشروط الثلاثة.. لا تصير دار الحرب.

قال: ومعنى قوله: «أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمناً بالأمان الأول».. أن لا يبقى آمناً على نفسه بأمان المسلمين إلا بأمان المشركين.

وعند أبي يوسف ومحمد: إذا أجروا فيها أحكام المشركين.. فإنها تصير دار الحرب؛ سواء كانت متصلة بدار الحرب أو لم تكن متصلة؛ بقي فيها مسلم أو ذمي آمناً بالأمان الأول أو لم يبق.

وهما ذهبا في ذلك إلى أنا أجمعنا أن دار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها وإن بقي فيها كافر أصلي ولم تكن متصلة بدار الإسلام: بأن كان بينهما وبين دار الإسلام مصر آخر لأهل الحرب، فكذا وجب أن تصير دار الإسلام دار الحرب إذا أجري فيها أحكام الترك وإن بقي فيها مسلم أو ذمي آمناً بأمان المسلمين أو كانت وسط دار الإسلام.

إِذا سبى التّرْكُ الرّومَ وَأَخذُوا أَمْوَالَهم.. ملكُوها، ونملِكُ مَا وَجَدنَا مِن ذَلِكَ إِذا غَلَبنا عَلَيْهِم.

ولأبي حنيفة [٦٨٩/ب]: أن هذه البلدة صارت دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيها، فما بقي شيء من أحكام دار الإسلام فيها.. تبقى دار الإسلام، على ما عرف: أن الحكم إن أثبت بعلة فما بقي شيء من العلة.. يبقى الحكم ببقائه.

واختار صدر الإسلام أبو اليسر وشيخ الإسلام الإسبيجابي واللامتي قول أبي حنيفة حيث قالوا: إن دار الإسلام لا تصير دار حرب ما لم يبطل جميع ما به صارت دار الإسلام، فتبقى دار الإسلام ببقاء حكم من أحكام الإسلام، ولا تصير دار حرب إلا بعد زوال قرائن الإسلام، ثم المراد بإجراء أحكام الإسلام فيها: هو الإجراء على سبيل الاشتهار، وكذا المراد بإجراء أحكام الترك فيها لا على سبيل الخفية. كذا في «الخانية».

(**إذا سبى**) أي: غلب (**الترك الروم**)، وفي «العناية»: الترك جمع التركي، والروم جمع الرومي؛ أي: الرجل المنسوب إلى دارهم، والمراد به: كفار الترك ونصارى الروم. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن الترك والروم ليس بجمع، بل اسم جنس، وياء النسبة في التركي والرومي للفرق بين الجنس والواحد. قال في «المصباح»: الترك جيل من الناس، والجمع أتراك، والواحد: تركي؛ مثل: روم ورومي. انتهى.

(**وأخذوا أموالهم.. ملكوها**)؛ لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو المسبب، لكن لا بد من إحرازهم بدار الحرب كما سيأتي.

(**ونملك**) نحن (**ما وجدنا من ذلك**) أي: مما أخذه الترك من الروم (**إذا غلبنا عليهم**) أي: على الترك؛ لأن ما أخذوه صار ملكاً لهم كسائر أموالهم، فنأخذه وإن كان بيننا وبين الروم موادعة؛ لأنا لم نغدرهم؛ إنما أخذنا بعد الإخراج عن ملكهم بالاستيلاء.

ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة، فاقتتلوا فغلبت أحدهما الأخرى.. حل لنا أن نشتري المغنوم من مال الغانمين؛ لعدم الغدر منا.

وشرط الإحراز بدار الحرب؛ لما في «الخلاصة»: طائفتان من الكفار بينهما موادعة، دخلوا دار الإسلام وبينهما وبين المسلمين أيضاً موادعة؛ ثم تنازعا فيما بينهما واقتتلوا، فوقعت الدبرة على إحدى الطائفتين، واستولوا على المقهورين، وباعوهم من المسلمين قبل الإحراز بدار الحرب.. لا يجوز الشراء منهم.

ولو أن أهل الترك وأهل الهند إذا استولوا على طرف من الروم وأحرزوها بدار الهند.. ثبت الملك لأهل الهند، وكذا يثبت الملك لأهل الترك، والإحراز بدار الحرب شرط، أما بدارهم.. فلا. انتهى.

فظهر منه: أن الشرط هو الإحراز بدار الحرب لا بدار الذين [٦٩٠/أ] استولوا وغلبوا على الطائفة الأخرى، حتى لو اشترى واحد من المسلمين من المستولين شيئاً مما أخذوه من الطائفة الأخرى بعد الإحراز بدار الحرب.. جاز، وإن لم يدخلوا بدار أنفسهم.

أهل بلدة يدَّعون الإسلام فيصلون ويصومون ويقرؤون القرآن ومع ذلك يعبدون الأوثان، فأغار عليهم المسلمون وسبوهم، فأراد إنسان أن يشتري من ذلك السبايا؛ إن كانوا يقرون بالعبودية لملكهم.. لم يجز الشراء، وإن لم يكونوا مقرين بالعبودية لملكهم.. جاز شراء الصبيان والنساء دون الكبار.

مسلم دخل دار الحرب بأمان، فجاء إنسان من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته أو بولده وقد قهرها يريد بيعها من المسلم المستأمن.. لا يشتريها منه على قول أكثر المشايخ.

وقال الكرخي: إن كانوا لا يرون جواز البيع.. لا يجوز، وإن كانوا يرون البيع.. لا يجوز.

وإذا بطل البيع - على قول الأكثر أو على قول من لا يرى البيع على قول الكرخي - فإذا أخرجه إلى دار الإسلام.. تكلموا فيه.

قال بعضهم: إن أخرجه كرهاً وقهراً.. يملكه بالقهر وإن كان البيع باطلاً.

والصحيح: أن البائع إن رأى جواز البيع.. ملكه مطلقاً، وإن كان لا يرى جواز البيع إن اشتراه وذهب به كرهاً.. ملكه.

وإن قهر حربي بعض أحرارهم، ثم باعه من المسلم المستأمن؛ إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه ملكه.. جاز الشراء منهم، وإن كان الحكم عندهم على خلاف هذا.. لا يجوز.

قال في «قاضي خان»: حربي دخل دارنا بأمان ومعه ابنه أو ابن غيره من أهل الحرب، فباع ابن نفسه.. لا يجوز باتفاق الروايات، ويجوز بيع ولد غيره.

ولو أن ملك أهل الحرب أهدى إلى الخليفة: ذكر في «المجرد»: أنه يطلب للمهدى إليه، إلا أن يكون من محارم المهدي أو أم ولده.. فإنهم يعتقون.

وروى هشام: أن الحربي إذا أهدى ابنته إلى الإمام.. فهي حرة، وكان لها أن ترجع إلى دار الحرب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن محمد: أن الحربي إذا باع ابنه أو أباه في دار الحرب.. لا يجوز.

وإن أخرجه المشتري إلى دار الإسلام.. يملكه إن لم يكن بيننا أمان.

فالحاصل: أن الحربي إذا باع أباه أو ابنه في دار الحرب من المسلم المستأمن في دار الحرب.. يكون باطلاً، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، ورواية هشام عن محمد؛ سواء كان يرى البائع جواز [٦٩٠/ب] هذا البيع أو لا يرى في قول عامة المشايخ؛ منهم أبو بكر محمد بن الفضل.

وقال أبو الحسن الكرخي: إذا كان البائع الحربي يرى جواز هذا البيع.. جاز، وإلا.. فلا.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أن الحربي إذا باع ولده في دار الحرب من حربي آخر أو من مسلم آخر مستأمن.. جاز عند أبي حنيفة، ولا يجبر المشتري على الرد إذا خوصم على الرد.

وعند أبي يوسف: إذا خوصم في الرد.. يجبر على الرد عليهم.

وعن أبي نصر الدبوسي: إنه إذا باعه الحربي من مسلم مستأمن.. لا يجوز، وإن باعه في دار الحرب من حربي آخر وسلم إليه.. ملكه المشتري.

وغيره من المشايخ قالوا: لا يباح للمشتري، وإن اشتراه.. جاز ويكون رقيقاً للمشتري.

وقال بعضهم: إن اشتراه المسلم في دار الإسلام.. لا يملكه، وإن اشتراه في دار الحرب وأخرجه إلى دار الإسلام.. ملكه.

والصحيح ما قلنا أنه لا يجوز بيع الحربي ولده في دار الحرب.

واتفقت الروايات على أنه يجوز بيعه في دار الإسلام.

ومتى لم يجز البيع في دار الحرب على قول العامة؛ فإن أخرجه المشتري إلى دار الإسلام.. اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يملكه؛ لأن البيع وإن بطل؛ فمن أخرجه قهراً.. ملكه بالقهر المبتدأ.

وقال بعضهم: يكون حراً؛ لأن البائع لا يملك التصرف فيه لا بيعاً ولا وطأً، فلا يملك المشتري.

وقال بعضهم: إن كان البائع يرى جواز هذا البيع.. لا يملكه المشتري بالإخراج إلى دار الإسلام؛ أخرجه طائعاً أو كرهاً، وإن كان البائع لا يرى جواز هذا البيع؛ إن

وَإِن غلَبوا على أَمْوَالِنَا وأَحرزوها بِدارِهِم.. ملكُوها.

أخرجه المشتري كرهاً.. يملكه، وإن أخرجه طوعاً.. لا يملكه؛ سواء كان البائع يرى جواز هذا البيع أو لا يرى. انتهى.

(**وإن غلبوا على أموالنا**) ولو كان مالنا عبداً مسلماً أو أمة مسلمة. كذا في «الدرر».

(**وأحرزوها بدارهم.. ملكوها**) وهو قول مالك، إلا أن عنده يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون اشتراط الإحراز.

ويتفرع على تملكهم أموالنا بالإحراز: أن لكل من وجد ملكه في يد واحد من غزاتنا: أن يأخذه؛ قبل القسمة: مجاناً، وبعدها: بالقيمة، وأنهم قبل الإحراز بدارهم لا يملكون من أموالنا شيئاً، حتى لو اشترى منهم تاجر شيئاً مما أخذوه قبل الإحراز بدارهم ووجده مالكه في يده.. أخذه بلا شيء. كذا في «الدرر».

وإن لكل من دخل دار الحرب [٦٩١/أ] بأمان من المسلمين أن يشتري ما أخذوه منا على ما سيأتي مصرحاً، وأن يشتري ما أخذه طائفة منهم من طائفة أخرى منهم دخلا في دارنا واقتتلوا فوقعت الدبرة على إحدى الطائفتين، ثم أحرزوا ما أخذوه بدار الحرب على ما ذكرناه من «الخلاصة».

وقال الشافعي: لا يملكونها ولو بعد الإحراز بدارهم؛ لأن استيلاءهم على أموالنا محظور **ابتداء**؛ أي: عند الأخذ، **وانتهاء**؛ أي: عند صيرورتها في دارهم؛ لبقاء عصمة المال ببقاء سببها، أعني: عصمة المالك؛ لقوله ﷺ: «فإذا قالوها.. فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم»، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك عندنا.

أو محظوراً من وجه كما في البيع الفاسد، ولو كان محظوراً من كل وجه.. لا يكون سبباً للملك بالاتفاق بيننا وبينكم كما في البيع الباطل؛ فصار استيلاؤهم على أموالنا كاستيلاء المسلم على مال المسلم؛ وكاستيلائهم على رقابنا.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ﴾ الآية، سماهم فقراء، والفقير من لا يملك مالاً، فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها، وليس من يملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً، بل هو مخصوص بابن السبيل على ما عرف في المصرف.

وما رواه أبو داود في «مراسيله» عن تميم بن طرفة قال: وجد رجل مع رجل ناقة له، فارتفعا إلى رسول الله ﷺ، فأقام البينة أنها له، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو، فقال النبي ﷺ: «إن شئت.. تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق، وإلا.. فخل عن ناقته»، والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم، ولأن استيلاءهم على أموالنا بعد الإحراز بدارهم ورد على مال مباح فينعقد سبباً لملكهم؛ كاستيلائنا على أموالهم؛ فإنه ما تم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى، وإنما كانت أموالنا مباحة في دارهم؛ لأن العصمة في مال كل من المسلم والكافر إنما ثبتت على منافاة الدليل، وهو قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾؛ فإنه يقتضي أن لا يكون مال أصلاً معصوماً لشخص ما في حال من الأحوال، بل تكون الأموال كلها مباحة بكل حال لكل شخص، وإنما تثبت العصمة فيها لضرورة تمكن المالك من الانتفاع؛ فإذا زالت المكنة بالاستيلاء.. عاد مباحاً كما كان، إلا أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار؛ لأنه عبارة عن الاقتدار [٦٩١/ب] على المحل: حالاً باليد الحافظة، ومآلاً باليد النافلة، والكفار ما داموا في دارنا اقتدروا على المحل حالاً باليد الحافظة فقط، وإنما يقتدرون عليه مآلاً بالإحراز بدارهم باليد النافلة؛ لأنهم ما داموا في دارنا مقهورون من وجه؛ كما لو كنا في دارهم.. لكنا مقهورين من وجه قاهرين من وجه، فشرطنا الإحراز بدارهم في التملك حتى يتحقق الاستيلاء.

وقوله: «إن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء، فلا ينتهض سبباً للملك» سلمنا أنه محظور، لكنه محظور لغيره - اعتماداً على أنه مزيل لعصمة المال - مباح في نفسه، والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك؛ كالصلاة في الأرض المغصوبة؛

وَكَذَا لَو نَدَّ منَّا إليهم بعيرٌ فَإذا ظَهَرنا عَلَيْهِم؛ فَمن وجدَ ملِكَهُ.. أَخذَهُ مُطلقاً قبلَ الْقِسْمَةِ مجَّاناً، وَبعدَهَا؛ إِن كَانَ مثلِيّاً.. لَا يَأْخُذُهُ، وَإِن قِيَمياً.. أَخذه بِالْقيمَةِ.

فإنها تصلح سبباً لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة.. فلأن تصلح سبباً للملك في الدنيا: أولى.

وقياسه على رقابنا فاسد؛ لأنها ليست بمال، وكذا قياسه على غضب المسلم مال مسلم؛ لأنه ليس فيه إحراز مزيل للملك.

فإن قيل: لو ثبت الملك للكفار بالاستيلاء على أموالنا.. لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي وقع في قسمته، أو من الذي اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازي والمشتري.

أجيب: بأن بقاء حق الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم، ألا ترى أن للواهب أن يرجع في الهبة والإعادة إلى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال.

وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك للمشتري؛ فإذا لم يدل حق الاسترداد على قيام ملكه.. وجب نفيه؛ لأن ما لا دليل على ثبوته: وجب نفيه؛ فإذا وجب نفيه عنه.. لزم ثبوته للكفار، وإلا.. لزم زواله لا إلى مالك.

(**وكذا**) أي ملكوا (**لو ندّ منا إليهم بعير**) لتحقق الاستيلاء؛ إذ لا بد للعجماء حتى تظهر عند الخروج من دارنا، فمنعت تملكهم، بخلاف العبد الآبق إليهم على ما سيأتي.

(**فإذا ظهرنا عليهم؛ فمن وجد ملكه.. أخذه مطلقا قبل القسمة**) - أي: بين الغانمين - (**مجاناً، وبعدها: إن كان مثلياً.. لا يأخذه**)؛ لعدم الفائدة في أخذه؛ لأنه لو أخذه.. لأخذه بمثله كيلياً أو وزنياً أو عددياً.

(**وإن كان قيمياً.. أخذه بالقيمة**) لو أراد الأخذ؛ لقوله ﷺ: «إن وجدته قبل

وَإِنِ اشْتَرَاهُ مِنْهُم تَاجِرٌ وَأخرَجَهُ وَهُوَ قِيَمِيٌّ.. يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إِنِ اشْتَرَاهُ بِهِ، وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ.. فبقيمةِ الْعَرَضِ، وَإِن وُهِبَ لَهُ.. فبقيمَتِهِ.

وَمثلُهُ المِثليُّ فِي شِرَائِهِ بِثمَنٍ أَو عَرَضٍ.

وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِجِنْسِهِ أَو وُهِبَ لَهُ.. لَا يَأْخُذهُ.

القسمة.. فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة.. فهو لك بالقيمة»، ولأن المالك القديم [٦٩٢/أ] قد زال ملكه بغير رضاه، فكان له حق الأخذ نظراً له، إلا أن في الأخذ بعد القسمة مجاناً ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص، فيأخذه بالقيمة نظراً للجانبين، والشركة قبل القسمة عامة؛ فيقل الضرر، فيأخذه بغير قيمته.

فإن قيل: لو كان للمالك القديم حق الأخذ منهم قبل القسمة أو بعدها.. لزم قيام ملكه فيه، لكن ملكه قد زال باستيلاء الكفار عليه لما مر.

قلنا: إن حق الاسترداد لا يقتضي قيام الملك كما في الهبة والشفعة على ما تقدم آنفاً.

(**وإن اشتراه**) - أي: ما أخذه الكفار وأحرزوه بدارهم - (**منهم**) أي: من الكفار (**تاجر**) أي: مستأمن منا (**وأخرجه**) إلى دار الإسلام (**وهو قيمي.. يأخذ**) منه (**بالثمن إن اشتراه به**) أي: بالثمن من الدراهم والدنانير.

(**وإن اشتراه بعرض.. فبقيمة العرض**)؛ لأن في الأخذ مجاناً ضرراً لأحد الجانبين.

(**وإن وهب له.. فبقيمته**)؛ لأنه ثبت له ملك خاص، فلا يزول إلا بالقيمة.

(**ومثله**) أي: مثل القيمي: (**المثلي في شرائه بثمن أو عرض**) يعني: إذا كان ما أخذه الكفار مثلياً، فاشتراه مسلم مستأمن بثمن أو عرض.. يأخذه مالكه القديم بثمنه أو بقيمة العرض.

(**وإن اشتراه بجنسه**) أي: بمثله قدراً ووصفاً، (**أو وهب له.. لا يأخذه**) مالكه القديم؛ لعدم الفائدة في أخذه.

وَإِن كَانَ عبداً ففُقِئت عينُهُ فِي يَدِ التَّاجِرِ وَأَخذَ أَرشَها.. يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثّمنِ إِن شَاءَ.

وَإِن أسروهُ في يَدِ التَّاجِرِ فَاشْتَرَاهُ آخرُ.. يَأْخُذُهُ المُشْتَرِي الأَوَّلُ مِنْهُ بِثمنِهِ،

ولو اشتراه بمثله الأقل قدراً، أو بجنس آخر، أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفاً.. فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري، على ما في «العناية».

(وإن كان) ما أخذه الكفار (عبداً) فاشتراه تاجرنا وأخرجه إلى دار الإسلام، (ففقئت عينه في يد التاجر وأخذ أرشها.. يأخذ) المالك القديم (بكل الثمن إن شاء)؛ لأنه لو أخذه مجاناً.. لتضرر المشتري، ولا يأخذ المالك أرشه؛ لأن ملك المشتري فيه صحيح، فكان الأرش حاصلاً في ملكه، وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك حتى يكون المالك القديم أحق به كرقبة العبد، ولأن الأرش دراهم أو دنانير، فلو أخذه المولى.. أخذه بمثله، فلا يفيد.

وأشار بقوله: «بكل الثمن» إلى أنه لا يحط عنه شيء بالفقء؛ لأن الأطراف أتباع لا يقابلها شيء من الثمن، بخلاف الشفعة؛ لأن الأتباع يقابلها شيء من الثمن فيها، حتى لو استهلك المشتري شيئاً من الدار.. سقط حصته من المشترى؛ لأن المشترى والذي وجبت الشفعة فيه: بمنزلة المشترى شراء فاسداً، فيضمن ما هلك منها؛ كما في الغصب [٦٩٢/ب]؛ فإن من غصب جارية فذهبت إحدى عينيها.. ضمن نصف قيمتها.

(وإن أسروه في يد التاجر) معناه: أن عبد المسلم أسره الحربي وأدخله في دار الحرب، فاشتراه التاجر من الحربي وأخرجه إلى دار الإسلام، ثم أسره الحربي ثانياً من يد التاجر وأدخله دار الحرب، (فاشتراه) من ذلك الحربي تاجر - ثانيا - (آخر) وأخرجه إلى دار الإسلام (.. يأخذه المشتري الأول منه) أي: من المشتري الثاني؛ أي: خيار الأخذ من المشتري الثاني للمشتري الأول؛ لأن الأسر الثاني ورد على ملكه، فيكون حق الأخذ له، لكن لا مطلقاً بل (بثمنه) الذي اشتراه التاجر الثاني من

ثُمَّ الْمَالِكُ مِنْهُ بالثَّمنَينِ.
وَلَيْسَ لَهُ أَخذُهُ مِنَ المُشْتَرِي الثَّانِي.

الحربي بذلك الثمن (ثم) يأخذه (المالك) أي القديم (منه) أي من المشتري الأول (بالثمنين) إن شاء الأخذ.

والمراد بالثمنين: الثمن الذي اشتراه المشتري الأول من الحربي، والذي اشتراه به المشتري الثاني من الحربي، وإنما أخذه بالثمنين؛ لأنه قام على المشتري الأول بالثمنين: أحدهما: بالشراء من المالك، والثاني: بالتخليص من المشتري الثاني؛ فيأخذه المالك بهما إن شاء.

(وليس له) أي للمالك القديم (أخذه من المشتري الثاني)؛ لأن الأسر الثاني ما ورد على ملكه، بل ورد على ملك المشتري الأول.

وكذا لو كان المشتري الأول غائباً.. ليس له أن يأخذه من الثاني اعتباراً بحال حضرته.

ثم المالك الأول إنما كان له حق الأخذ من المشتري الأول إذا كان المشتري الأول قبضه بحق أخذه من المشتري الثاني، وأما لو اشتراه المشتري الأول من التاجر الثاني بشراء جديد.. ليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الأول؛ لأن حق أخذه إنما يثبت في ضمن عود ملك المشتري الأول، ولم يعد ملكه القديم في هذه الصورة، وإنما ملكه بالشراء الجديد منه. كذا في «الزيلعي».

وإليه أشار المصنف بقوله: «يأخذه».

وفي «فتح القدير»: لو باع المشتري من الحربي العبد من غيره.. أخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به؛ إن مثلياً.. فبمثله، وإن قيمياً بأن كان اشتراه مقايضة.. فبقيمته؛ لأن المشتري الثاني قائم مقام المشتري الأول، وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الأول بالثمن الأول، إلا في رواية ابن سماعة عن محمد، وظاهر الرواية هو الأول.

وَلَا يملكُونَ حُرَّنا، ومدبّرَنا، وَأُمَّ ولدِنَا، ومكاتَبَنا.

ونملكُ عَلَيْهِم كلَّ ذَلِكَ.

وَلَا يملكُونَ عبداً أبَقَ إِلَيْهِم،

(ولا يملكون) - أي: أهل الحرب بالاستيلاء [٦٩٣/أ] - (حرَّنا ومدبرنا وأم أولادنا ومكاتبنا)، حتى لو أخذوهم وأحرزوهم بدارهم، ثم ظهرنا عليهم.. أخذهم مالكهم مجاناً قبل القسمة وبعدها؛ لأن الاستيلاء إنما يكون سبباً للملك إذا لاقى محلاً قابلاً له وهو المال المباح، وهؤلاء ليسوا كذلك؛ لعصمتهم بالحرية، إلا أن الإمام يعوض من وقع في قسمه من بيت المال بقيمته فيما أخذه بعد القسمة.

ولو اشترى تاجر هؤلاء منهم.. أخذ مالكهم منه بغير ثمن ولا عوض. كذا في «فتح القدير».

(ونملك) نحن (عليهم كل ذلك)؛ لعدم عصمتهم؛ جزاء جنايتهم بالكفر.

وفي «الحاوي القدسي»: ونحن نملك بالاستيلاء على وقوفهم وهم لا يملكون وقوفنا. انتهى.

والوجه: ما ذكرناه.

(ولا يملكون عبداً أبق) منا (إليهم) فأخذوه، وذلك لأنه لما خرج من دارنا ظهرت يده على نفسه بالخروج لآدميته وزوال المانع وهو تحقق يد المولى عليه؛ فصار معصوماً بنفسه، فلم يبق محلاً للملك، بخلاف المتردد في دار الإسلام؛ لأن يد المولى باقية، فلم تظهر يده على نفسه، حتى لو وهبه لابنه الصغير.. كان قابضاً له، فتصح الهبة.

وإنما لا تصح هبته لابنه الكبير أو للأجنبي؛ لعدم صحة القبض والتسليم المشروط في الهبة.

ولو استولى عليه - أي: على ذلك المتردد - أهل الحرب. ملكوه؛ لكونه محلاً للملك.

فَيَأْخذُهُ مَالِكُهُ بعدَ الْقِسْمَةِ مجَّاناً أَيْضاً، لَكِن يُعَوَّضُ عَنهُ مِن بَيتِ المَالِ،

فإن قيل: لا نسلم أن يده ظهرت على نفسه بعد زوال يد المولى عندنا بالخروج عن دارنا لأنه لا يجوز أن تخلف يد الكفرة يد المولى؛ لكون دار الحرب في أيديهم؛ فإذا خلفت أيديهم يد المولى.. فكيف تظهر يده على نفسه فيملك نفسه.

أجيب عنه: بأن بين الدارين حد لا يكون ذلك الحد في يد أحد، وعند ذلك الحد: تظهر يد العبد على نفسه فيمنع مرور يد الكفرة عليه، ولأن يد الدار يد حكمية، ويد العبد يد حقيقية، فلا تندفع بيد الدار.

ورد هذا: بأن حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع.

وأجيب عنه: بأن اليد عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء، وحين دخل العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه.

فإن قيل: لو حصل له يد حقيقية.. يعتق، وليس كذلك، بل يأخذه المولى.

أجيب: بمنع الملازمة؛ لأن ظهور يده على نفسه لا تستلزم زوال ملك المولى وثبوت الملك له، وإلا.. صار غاصباً ملك المولى، وجاز أن توجد [٦٩٣/ب] اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض؛ فإن الملك للمولى، واليد لغيره.

وإذا لم يملكوه (**فيأخذه مالكه بعد القسمة مجاناً أيضاً**) أي: كما يأخذه قبل القسمة مجاناً، (**لكن يعوض عنه من بيت المال**)؛ لأن نصيبه قد استحق، فله أن يرجع على شركائه في الغنيمة، وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم، فيعوض من بيت المال لئلا يتضرر.

ولو وهبه الحربي لواحد أو اشتراه منه أحد.. أخذه مالكه مجاناً أيضاً.

أما في الهبة: فظاهر.

وأما في الشراء: فلأن المشتري فدى ملكه بغير أمره فكان متبرعاً. هذا عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كالمأسورِ.

وَإِن أبَقَ بفرَسٍ ومتاعٍ فَاشْترى رجلٌ ذَلِكَ كُلَّهُ وَأخرجَهُ.. أَخذ المالكُ مَا سوى العَبْدِ بِالثّمنِ وَالْعَبْدَ مجَّاناً. وَعِنْدَهُمَا: بِالثّمنِ أَيْضاً.

وَإِنِ اشْترى مستأمنٌ عبداً مُسلماً وَأَدْخلَهُ دَارَهم.. عَتَقَ، خلافاً لَهما.

(وعندهما: هو) - أي: العبد الآبق - **(كالمأسور)** أي: يملكونه؛ لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت.

قلنا: لا نسلم زوال يد المولى على ما ذكرنا.

(وإن أبق) العبد **(بفرس ومتاع فاشترى رجل ذلك كله)** أي: العبد والفرس والمتاع، **(وأخرجه)** إلى دار الإسلام **(.. أخذ المالك ما سوى العبد بالثمن)**؛ لأنهم ملكوا ما سوى العبد، **(والعبد مجاناً)** لأنهم لم يملكوه على ما مر في وجه قول أبي حنيفة. وهذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما): أخذ العبد **(بالثمن أيضاً)**؛ لتملكهم له أيضاً عندهما على ما مر.

فإن قيل: إن على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك الفرس والمتاع بغير شيء أيضاً؛ لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه.. ظهرت على المال أيضاً؛ لانقطاع يد المولى عن المال؛ لأنه في دار الحرب، ويد العبد أسبق من يد الكفار إليه، فلا يصير ملكاً لهم.

أجيب: بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق، فكانت ظاهرة من وجه دون وجه، فجعلناها: ظاهرة في حق نفسه، غير ظاهرة في حق المال.

(وإن اشترى مستأمن عبداً مسلماً) أو ذمياً على ما في «العناية» **(وأدخله دارهم.. عتق)** عند أبي حنيفة.

وكذا إذا استولوا على عبد مسلم وأدخلوه في دارهم، فأبق منهم إلينا أو خلص بوجه وخرج إلينا.. يعتق بلا إعتاق؛ لتباين الدارين. كذا في «الدرر».

(خلافاً لهما)، وبه نأخذ. كذا في «الحاوي».

وَإِن أسلمَ عبدٌ لَهُم ثمَّةَ فجاءَنا، أَو ظَهرنا عَلَيْهِم، أَو خَرَجَ إِلَى عَسكَرِنا.. فَهُوَ حُرٌّ.

وهذا لأن إزالة يد المستأمن على المسلم كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع من المسلم ما دام في دارنا، وقد انقطعت، ولأن الإجبار عليه بالبيع بدخوله دارهم، فبقي في يده عبداً.

ولأبي حنيفة: أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الإمام؛ فإن كان في دار الإسلام.. فبالجبر على البيع من المسلم دون الإعتاق؛ لبقاء عصمة مال المستأمن ما دام في دارنا، وإذا أدخله دارهم [٦٩٤/أ].. زالت عصمة ماله.

فلو كان للإمام ولاية عليه.. وجب عليه إجباره على العتق؛ لزوال العصمة.

فإذا لم يكن له ولاية.. يقوم شرط زوال العصمة - أعني: تباين الدارين - مقام علة الإزالة - وهي الإعتاق - تخليصاً له؛ كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب.

فإن قيل: إن إقامة الشرط ههنا مقام العلة تستلزم جعل المثبت للشيء مزيلاً له، وهو باطل، وذلك لأنهم إذا استولوا على عبد مسلم بالإحراز بدارهم.. ملكوه، فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه، وههنا جعلتموه مزيلاً له.

أجيب: بأن تباين الدارين مثبت للملك إن لم يكن ثابتاً، والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين، فجعل التباين مزيلاً في محل خاص تخليصاً للمسلم عن ذل الكافر، على أنا ما جعلناه مزيلاً، وإنما جعلناه قائماً مقام المزيل لغرض صحيح.. فلم يكن الشيء الواحد مزيلاً وغير مزيل، وهو الممتنع.

وعلى هذا الخلاف: إذا كان العبد ذمياً؛ لأنه يجبر على بيعه، ولا يمكن من إدخاله دار الحرب. كذا في «الزيلعي».

(وإن أسلم عبد لهم ثمة) أي: في دار الحرب - وأما لو أسلم عبدهم في دارنا.. فإنه يجبر على البيع للمسلم؛ تخليصاً للمسلم عن ذل الكافر - **(فجاءنا، أو ظهرنا عليهم، أو خرج)** العبد المسلم ثمة **(إلى عسكرنا.. فهو حر)**، هكذا قضى

رسول الله ﷺ في عبيد الطائف، وقال: «هم عتقاء الله تعالى»، ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه.

وأما لو خرج إلينا طائعاً لمولاه - أي بإذنه أو بأمره لحاجته - فأسلم في دارنا.. فإنه لا يكون حراً، بل الإمام يبيعه وثمنه للحربي؛ لأنه لم يخرج على سبيل التغلّب، فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمناً إلى دارنا على ما في «العناية»، وهذا فيما إذا كان مولاه كافراً في دارهم.

وأما لو جاءنا مولاه مسلماً، ثم جاء عبده مسلماً أو كافراً.. فهو لمولاه على ما كان، ولا يكون حراً. كذا في «المحيط» و«فتح القدير».

ولو جنى عبد جناية خطأً، أو أفسد متاعاً فلزمه دينه، ثم أسره الكفار، ثم أسلموا عليه.. فهو لهم؛ لقوله ﷺ: «من أسلم على مال.. فهو له».

ثم تبطل الجناية دون الدين؛ لأن حق ولي الجناية في الرقبة، ولا تبقى الرقبة بعد زوال ملك المولى كما لا تبطل ببيعه.

ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون [٦٩٤/ب] في الغنيمة، فأخذه المولى.. فكل من الجناية والدين عليه؛ لأنه يعيده إلى قديم ملكه، وحق ولي الجناية كان ثابتاً في قديم ملكه.

ولو كانت الجناية قتل عمد.. لم تبطل عنه بحال؛ لأن المستحق به نفسه، فلا تبطل بزوال ملك المولى؛ كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص.

* * *

(بَابُ الْمُسْتَأْمَنِ)

إِذا دخلَ تاجرُنا إِلَيْهِم بِأَمَانٍ.. لَا يحلُّ لَهُ أَن يتَعَرَّضَ لشَيْءٍ مِن مَالِهِم أَو دِمِهِمْ؛ فَإِن أَخَذَ شَيْئاً وَأخرجَهُ.. ملَكَهُ مَحْظُوراً، فَيَتَصَدَّقُ بِهِ.

وَإِن غدرَ بِهِ مَلِكُهم فَأخذَ مَالَهُ، أَو حَبَسَهُ، أَو فعلَ ذَلِكَ غَيرُهُ بِعِلْمِهِ.. حلَّ لَهُ التَّعَرُّضُ؛ كالأَسيرِ.

وَإِن أَدانَهُ ثَمَّةَ حَرْبِيٌّ، أَو أدانَ حَرْبِيّاً، أَو غصبَ أَحدُهمَا الآخرَ وخرجا إِلَيْنَا.. لَا يُقْضَى بِشَيْءٍ.

(بَابُ المُسْتَأْمَن)

(**إذا دخل تاجرنا إليهم بأمان.. لا يحل له أن يتعرض بشيء من مالهم أو دمهم**)؛ لأن ضمن لهم أن لا يتعرض لهم بالاستئمان، فالتعرض بعد ذلك: يكون غدراً وهو حرام، إلا إذا غدر به ملكهم.

(**فإن أخذ شيئاً**) منهم غدراً (**وأخرجه**) إلى دارنا (.. **ملكه محظوراً**)؛ لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا أنه حصل بالغدر.. فكان محظوراً.

(**فيتصدق به**) تنزهاً عنه.

(**وإن غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل ذلك غيره بعلمه**) ولم يمنعه (.. **حل له التعرض**) لأنهم هم الذين نقضوا العهد (**كالأسير**)؛ فإنه غير مستأمن، فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً.

(**وإن اذَّانه**) - بتشديد الدال من باب افتعل - (**ثمة حربي**) أي: إن باع الحربي في دار الحرب تاجرنا متاعاً بالدين؛ فإن الإدانة: هو البيع بالدين، والاستدانة: الابتياع بالدين.

(**أو أدان**) تاجرنا في دار الحرب (**حربياً، أو غصب أحدهما الآخر**) أي: غصب أحدهما مالاً من الآخر في دار الحرب، (**وخرجا إلينا**) بأن كان الحربي مستأمناً (..**لا يقضي**) على واحد من التاجر والمستأمن (**بشيء**) من الإدانة والغصب.

وَكَذَا لَو فعلَ ذَلِكَ حربيَّانِ وخرجا مستأمنَينِ.

وَإِن خرجا مُسلِمَينِ.. قَضى بِالدَّينِ لَا بِالْغَصْبِ.

أما الإدانة: فلأن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً؛ لا على المسلم التاجر، ولا على المستأمن، ولا وقت القضاء على المستأمن؛ لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، وإنما التزمه بعد استئمانه في المستقبل، فلا يقضى عليه بالإدانة التي كانت فيما مضى، وإذا لم يقض على الحربي المستأمن بها.. لم يقض على التاجر المسلم أيضاً؛ تحقيقاً للتسوية بينهما.

وقال أبو يوسف: يقضى بالدين على المسلم دون الغصب؛ لأنه التزم حكم الإسلام حيث كان، ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين.. يحكم عليهما بالدين، فكذا هذا، والحجة عليه ما ذكرناه من تحقيق التسوية بينهما. كذا في الزيلعي.

وقال في «فتح القدير»: لا يقضى عليه بالدين، ولكنه يقضى بأنه يجب عليه القضاء بالدين فيما بينه وبين الله تعالى. انتهى.

وأما الغصب: فلأنه صار ملكاً للذي غصبه واستولى [٦٩٥/أ] عليه؛ لمصادفته مالاً غير معصوم.

(**وكذا**) أي لا يقضي بشيء (**لو فعل ذلك**) أي الإدانة أو الغصب (**حربيان**) في دار الحرب (**وخرجا مستأمنين**)؛ لما ذكرناه من أن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية عليهما أصلاً.

(**وإن خرجا مسلمين**) يعني: الحربيين أسلما في دار الحرب، ثم خرجا مسلمين بعدما أدان أحدهما صاحبه أو غصب منه شيئاً (.. **قضى بالدين**) لوقوعه صحيحاً بالتراضي بينهما، والولاية ثابتة عليهما وقت القضاء؛ لالتزامهما أحكام الإسلام.

(**لا بالغصب**) لأن الغاصب ملكه بالغصب لورود الاستيلاء على مال مباح، ولا خبث فيه، إذ لا خبث في ملك الحربي، حتى لا يؤمر بالرد.

وَلَو أسلمَ الْحَرْبِيُّ بَعْدَمَا غَصَبَهُ الْمُسلمَ ثمَّ خرجا.. يُفْتِي بِالرَّدِّ ديانَةً.
وَإِن قتلَ أَحدُ الْمُسلِمَينِ المستأمَنَينِ الآخرَ ثمَّةَ.. فَعَلَيهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ.....

(**ولو أسلم الحربي بعدما غصبه المسلم، ثم خرجا يفتى بالرد ديانةً**)؛ لأنه فسد الملك لمقارنته الحرام وهو نقض العهد، ولا يقضى عليه بالرد؛ لأنه ملكه بالغصب ولو خبثاً.

(**وإن قتل أحد [المسلمين المستأمنين] الآخر ثمة**) أي في دار الحرب (.. **فعليه الدية**) في العمد والخطأ بلا ذكر خلاف في عامة النسخ في «شرح الجامع الصغير»، على ما في «العناية» و«فتح القدير».

وذكر قاضي خان في «الجامع الصغير»: أن هذا الحكم قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد؛ لأنه قتل شخصاً معصوماً بالإسلام عدواناً، وذلك موجب للقصاص، وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطينه فيهم كان يسقط العصمة؛ فتكثيره من وجه يورث الشبهة، فيسقط القصاص.

وذكر شمس الأئمة: أن وجوب القصاص في العمد عن أبي يوسف في رواية «الإملاء»؛ لأنه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته، والمسلم من أهل دار الإسلام حيث كان، والقصاص حق المولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه إلى الإمام فيستوفيه.

قلنا: لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة؛ لأن الواحد لا يقاوم ظاهراً، ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين، ولم يوجد ذلك في دار الحرب، فلم يجب؛ إذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء (**في ماله**). **أما في العمد**: فلأن العواقل لا تعقل العمد، والقصاص قد سقط بالشبهة كما ذكرناه.. فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم، فتعين أن يكون ذلك من ماله.

وَالْكَفَّارَةُ أَيْضاً فِي الْخَطَأ.

وَإِن كَانَا أسيرَينِ.. فَلَا شَيْءَ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَأ، وَعِنْدَهُمَا: كالمستأمَنَين.

وَلَا شَيْءَ فِي قتلِ الْمُسلمِ ثمَّةَ مُسلماً أَسلَمَ وَلم يُهَاجِرِ: سوى الْكَفَّارَةِ فِي الْخَطَأ اتِّفَاقًا.

وأما في الخطأ: فلأن العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة [٦٩٥/ب] مع تباين الدارين، والوجوب عليهم باعتبار تركها بتقصيرهم في حفظ القاتل.

(**والكفارة أيضاً**) أي: كلزوم الدية (**في الخطأ**) لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾.

وأما لزوم الدية.. فلأن العصمة الثابتة بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان؛ لأنه على قصد الرجوع، فكان في دار الإسلام تقديراً؛ كما أن المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع.. كان كأنه في دار الحرب، حتى لا يقتل الذمي به.

(**وإن كانا أسيرين**) فقتل أحدهما الآخر (.. **فلا شيء**) على القاتل في أحكام الدنيا (**إلا الكفارة في الخطأ**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: كالمستأمنين**) فعليه الدية في ماله في العمد والخطأ، والكفارة أيضاً في الخطأ؛ لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر؛ كما لا تبطل بعارض الاستئمان، وإنما لا يقتص لعدم المنعة.

ولأبي حنيفة: أنه بالأسر صار تبعاً لهم؛ لصيرورته مقهوراً في أيديهم، ولهذا لا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم، فيبطل به الإحراز أصلاً؛ فصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا شيء في قتل المسلم ثمة**) أي: في دار الحرب (**مسلماً أسلم**) ثمة (**ولم يهاجر إلينا سوى الكفارة في الخطأ اتفاقاً**)؛ لأنه تابع لهم بالتوطن في دارهم، فلا عصمة في دمه، فكذا الأسير لا عصمة في دمه، ولا يرد علينا المستأمن؛ لأنه ليس بمقهور في أيديهم، فيمكنه الخروج إلينا باختياره، فلا يكون تبعاً لهم، فبقي عصمته.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا يُمَكَّنُ مُسْتَأْمنٌ أَن يُقيمَ فِي دَارِنَا سنةً.

وَيُقَالُ لَهُ: إِن أَقمتَ سنةً.. نضعُ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ؛ فَإِن أَقَامَ سنةً.. صَارَ ذِمِّياً، وَلَا يُمكَّنُ مِنَ الْعودِ إِلَى دَارِهِ.

وَكَذَا لَو قيلَ لَهُ: إِن أَقمتَ شهراً أَو نَحْوَ ذَلِك فَأَقَامَ ....

(فَصْلٌ)

(ولا يُمَكَّنُ مُستَأمن أن يقيم في دارنا سنة) لئلا تلتحق المضرة بالمسلمين بأن يصير جاسوساً لهم وعوناً علينا، بخلاف الإقامة اليسيرة؛ لأن في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة، ففصلنا بينهما بسنة؛ لأنها مدة تجب فيها الجزية، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية.

(ويقال له) أي: يقول الإمام: (إن أقمت سنة.. نضع عليك الجزية؛ فإن أقام) بعد ذلك (سنة.. صار ذمياً)؛ لالتزامه الجزية المضروبة.

وذكر الإمام قاضي خان: فإذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة.. كان عليه الخراج؛ لأنه إنما يصير ذمياً بمجاوزة المدة المضروبة، فيعتبر الحول بعدما صار ذمياً، إلا أن يكون شرط عليه أنه إذا جاوز السنة يأخذ منه الخراج.. فحينئذٍ يأخذه منه. كذا في «العناية».

فيه إشارة إلى ما في «البدائع» من أن سبب وجوب الجزية عقد الذمة، يعني: لا تجب الجزية قبل عقد الذمة، حتى لو أعتق المسلم عبده الكافر [٦٩٦/أ].. لا يؤخذ منه الجزية قبل وضع الجزية عليه بعقد الذمة.

(ولا يمكن) - من التمكين - أي: بعد تمام السنة (من العود إلى داره)؛ لأن عقد الذمة لا ينقض؛ لأنه خلف من الإسلام.

(وكذا) أي يصير ذمياً (لو قيل له: إن أقمت شهراً أو نحو ذلك) أي: شهرين فصاعداً (فأقام) المدة المضروبة، يعني: إن تقدير الحول ليس بلازم، بل لو قدر

أَوِ اشْترى أَرضاً، وَوُضِعَ عَلَيْهِ خراجُها، ....

الإمام أقل من ذلك على حسب ما يراه.. جاز، لكن إن لم يقدر له مدة.. فالمعتبر هو الحول لما ذكرناه أنه فاصل بين المدة القليلة والكثيرة.

(**أو اشترى أرضاً ووضع عليه خراجها**)، أشار إلى أن وضع خراج الأرض عليه: شرط في كونه ذمياً.

ومن المشايخ من قال: يصير ذمياً بنفس الشراء؛ لأنه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج.. صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام، والصحيح: هو الأول على ما في «الهداية»؛ لاحتمال أنه اشتراها للتجارة، لا لمؤنة الإقامة في دارنا.

والمراد بوضع الخراج: التزام خراج الأرض بمباشرة سببه وهو الزراعة، أو تعطيلها عنها مع التمكن. كذا في «العناية» و«الزيلعي».

لكنه تفسير لا يناسب المفسر وهو الوضع؛ لأنه فعل الواضع وهو الإمام، والالتزام المذكور فعل الملتزم وهو الذمي، فالأولى ما ذكره في «فتح القدير»؛ حيث قال: والمراد بوضع الخراج: التزامه به وأخذه منه عند حلول وقته، ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن من زراعتها إذا كانت في ملكه، أو زراعتها بالإجارة وهي في ملك غيره؛ إذا كان خراج مقاسمة؛ فإنه يؤخذ منه لا من المالك، فيصير به ذمياً، بخلاف ما لو كانت الأرض التي استأجرها خراجها على مالكها؛ فإنه لا يصير ذمياً إذا حل وقت الأخذ؛ لعدم الأخذ منه؛ وكذا إذا أخذ العشر منه على قول محمد. انتهى.

ولو اشترى المستأمن في دار الإسلام عبداً مسلماً.. جاز الشراء، ويباع عليه من مسلم؛ فإن لم يعلم حتى أدخله دار الحرب.. عتق عليه عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يعتق، وبه نأخذ. كذا في «الحاوي».

وَعَلَيهِ جِزْيَةُ سَنَةٍ مِن حِينِ وَضْعِ الْخراجِ، أَو نكحتِ المستأمنةُ ذِمّياً؛ لَا لَو نكحَ هُوَ ذِمِّيَّةً؛ فَإِن رَجَعَ إِلَى دَارِهِ.. حلَّ دَمُهُ.

وَإِن كَانَ لَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ مُسلمٍ، أَو ذمِّيٍ، أَو دَينٌ عَلَيْهِمَا فَأُسِرَ أَو ظُهِرَ عَلَيْهِم.. سقطَ دَينُهُ وَصَارَت وديعتُهُ فَيْئاً.

ولو أسلم عبد ذمي أو جارية.. عرض عليه الإسلام؛ فإن أسلم.. فبها، وإلا.. يباع عليه من مسلم، أي: يجبره القاضي بالبيع من مسلم، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(وعليه) أي: على من صار ذمياً بإقامة المدة المضروبة أو بوضع الخراج عليه.

واعلم: أنه بعد كونه ذمياً يمنع من الخروج إلى [٦٩٦/ب] دار الحرب على ما مر، ويجري القصاص بينه وبين المسلم، ويجب الضمان في إتلاف خمرهِ وخنزيره، ويجب الدية بقتله خطأ.

(جزية سنة من حين وضع الخراج)، أو حين تمام المدة المضروبة.

(أو نكحت المستأمنة ذمياً). فإنها تصير ذمية تبعاً لزوجها، (لا لو نكح هو) أي: الحربي (ذمية)؛ لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده، فلم يكن ملتزماً المقام في دارنا بهذا النكاح.

(فإن رجع) المستأمن (إلى داره.. حل دمه)؛ لأنه أبطل أمانه، فزالت عصمته.

(وإن كان له وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينٌ عليهما فأُسر) ذلك الحربي (أو ظهر عليهم) وقتل (.. سقط دينه)؛ لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة، وقد سقط بهذا، ويد من عليه الدين أسبق إليه من يد العامة، فيختص به ويسقط.

(وصارت وديعته فيئاً)؛ لأنها في يده حكماً؛ لأن يد المودع كيده، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه.

قيل: هذا منقوض بما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب، ثم ظهر على الدار؛ فإنها تكون فيئاً، فلم تكن يد المودع كيد المودع.

وَإِن قُتِلَ وَلم يُظْهَرْ عَلَيْهِم، أَو مَاتَ.. فهما لوَرثَتِهِ.

فَإِن جَاءَنَا بِأَمَانٍ وَلهُ زَوْجَةٌ هُنَاكَ وَولدٌ وَمَالٌ عِنْدَ مُسلِمٍ أَو ذمِّيٍ أَو حَرْبِيٍّ فَأسلمَ هُنَا ثمَّ ظُهِرَ عَلَيْهِم.. فَالْكلُّ فَيْءٌ.

وأجيب: بأن يد المودع كيد المودع إذا اتفقا عصمة وقت الإيداع، وفي صورة النقض ليس كذلك؛ لأن دار الحرب ليست دار عصمة.

وعن أبي يوسف: أن الوديعة فيما نحن فيه تصير ملكاً للمودع؛ لأن يده فيها أسبق.. فكان بها أحق.

لو كان له رهن عند مسلم أو ذمي.. فللمرتهن أخذه لدينه عند أبي يوسف.

وقال محمد: إنه يباع ويوفى بثمنه الدين، والفاضل لبيت المال.

(**وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات.. فهما**) أي: الدين والوديعة (**لورثته**)؛ لأن نفسه لم تصر مغنومة.. فكذلك ماله؛ لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه، أو على ورثته من بعده.

(**فإن جاءنا**) حربي (**بأمان وله زوجة هناك**) أي: دار الحرب (**وولد**) صغير وكبير (**ومال**) أي: في دار الحرب (**عند مسلم، أو**) عند (**ذمي، أو عند حربي فأسلم**) أي: من جاءنا بأمان (**هنا**) أي: في دار الإسلام - وكذا الحكم لو صار ذلك المستأمن ذمياً في دارنا على ما في التحريم - (**ثم ظهر عليهم.. فالكل فيء**). أما المرأة وولده الكبير: فلأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً؛ لأنه جزؤها، فيرق برقها.

وأما ولده الصغير: فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يد أبيه وتحت ولايته، ومع [٦٩٧/أ] تباين الدارين.. لا يتحقق ذلك.

وكذا أمواله لا تصير محرزاً بإحراز نفسه؛ لاختلاف الدارين، فبقي كله فيئاً وغنيمة.

وَإِن أَسلمَ ثمَّةَ ثـمَّ جَاءَ فَظُهِرَ عَلَيْهِم.. فطفلُهُ: حُرٌّ مُسلِمٌ، ووديعتُهُ عِنْدَ مُسلِمٍ أَو ذِمِّيٍ: لَهُ، وَغيرُ ذَلِكَ: فَيْءٌ.

ولو سبي الصبي في هذه المسألة بدون الأم وصار في دار الإسلام.. فهو مسلم تبعاً للدار ولأبيه.

ولو سبي مع الأم.. فإنه يصير مسلماً تبعاً لأبيه، بخلاف ما قبل إخراجه إلى دار الإسلام؛ حيث لا يكون مسلماً لما ذكرناه من اختلاف الدارين.

ثم هذا الصبي رق على حاله، وكونه مسلماً تبعاً لا ينافي الرق في البقاء، وإنما ينافي الإسلام الرق في الابتداء. هذا في بيان ما تركه المستأمن في دار الحرب، ثم صار من أهل دارنا بالإسلام أو بالذمة.

ثم شرع في بيان ما تركه الحربي إذا أسلم في دار الحرب وجاءنا مسلماً وترك أمواله وأولاده ثمة، فقال:

(**وإن أسلم**) أي الحربي (**ثمة**) أي: في دار الحرب (**ثم جاء**) إلينا (**فظهر عليهم.. فطفله حر مسلم**) تبعاً لأبيه؛ لأنه كان تحت ولايته حين أسلم؛ لأن الدار واحدة، حتى لو كان الطفل في بلده وأبوه في بلدة أخرى من دار الحرب.. يصير مسلماً تبعاً له، واختلاف البلدة لا يضر بعد اتحاد الدار على ما في «فتح القدير».

(**ووديعته عند مسلم أو ذمي: له**)؛ لأنه في يد محترمة ويده كيده؛ لأنه نائب عنه في الحفظ.

بخلاف ما كان في يد مسلم أو ذمي غصباً عند أبي حنيفة.. فإنه يكون فيئاً؛ لعدم النيابة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يجب أن لا يكون فيئاً إلا ما كان من غصب عند حربي، وهو قول مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

(**وغير ذلك: فيء**). أما امرأته وأولاده الكبار: فلما ذكرناه من أنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع.

وَمَن أسلمَ ثَمَّةَ وَلهُ هُنَاكَ وَارِثٌ مُسلمٌ فَقتلَهُ مُسلمٌ عمداً أَو خطأً.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِلَّا الْكَفَّارَةُ فِي الْخَطَأ.

وأما ماله الذي في يد الحربي: فلأنه لم يصر معصوماً.

وأما في يد الغاصب: فلعدم كونه في يد محترمة.

(**ومن أسلم ثمة وله هناك وارث مسلم فقتله مسلم عمداً أو خطأ.. فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ**). وقال الشافعي: تجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد، وهو قول مالك وأحمد؛ لأنه أراق دماً معصوماً بالإسلام؛ لأنه مستجلب للنافع والكرامة، فيكون عاصماً، فتجب الدية في الخطأ، والقصاص في العمد؛ لوجود المدار وهو العاصم، وهذا لأن العصمة على نوعين:

الأول: مؤثمة تستتبع الإثم في الآخرة وهو الأصل؛ لحصول أصل الزجر بها؛ فإن من علم أنه يأثم بقتل.. ينزجر عنه نظراً إلى الجبلة السليمة [٦٩٧/ب] عن الميل عن الاعتدال، وهذا النوع ثابت فيما نحن فيه إجماعاً؛ لأنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً في أيّ موضع كان، ولو كان في دار الحرب.

والثاني: مقومة، تستبتع القيمة، وهذا النوع كمال في الأوّل؛ لأنه إذا وجب الإثم والمال.. كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الإثم فقط، فكان هذا النوع وصفا أبداً على الأول، فيتعلق بما يتعلق به الأول؛ لكونه تابعاً له، والأول يتعلق بالإسلام فكذا الثاني، فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب إن خطأ، والقصاص إن عمداً، لوجود العصمة المقومة بالإسلام ولو في دار الحرب.

ولنا قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ فسّره أبو حنيفة بمن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.

ووجه الاستدلال به: أنه تعالى جعل تحرير الرقبة كل الموجب؛ حيث ذكره بحرف الفاء؛ فإنه للجزاء، والجزاء اسم لما يكون كافياً؛ فإذا كان كافياً.. يكون كل

وإذا قُتِلَ مُسلمٌ لَا وليَّ لَهُ خطأً أَو مستأمنٌ أسلمَ هنا .. فللإمامِ أَخذُ الدِّيَةِ مِن عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ.

الموجب؛ ولأنه ذكره وسكت عليه، والسكوت في معرض البيان يفيد الحصر عليه، فيبقى غيره، ولأن العصمة المؤثمة ليست بسبب الإسلام، بل بالآدمية؛ لأن الآدمي التزم أعباء التكاليف، ولم يتيسر له ذلك إلا بأن يكون دمه حرام التعرض، إلا أنه تعالى أبطل ذلك في حق الكافر الحربي بكفره؛ فإذا زال الكفر بالإسلام.. عاد إلى الأصل، والأموال وإن خلقت مباحة الأصل.. لكنها تابعة للآدمية لينتفع بها، ويتمكن التيسر لإيتان التكاليف، فتكون معصومة أيضاً تبعاً لها.

وأما العصمة المقومة.. فالأصل فيها الأموال؛ لأن التقوم يوزن بجبر الفائت، والجبر إنما يكون في الأموال دون الأنفس؛ لعدم المماثلة بينها وبين ما يجبر به أصلاً على ما في «الأصول».

وإذا كان الأصل فيها الأموال.. كانت النفوس تابعة لها فيها، فلم تكن المقومة وصفا تابعاً للمؤثمة على ما قاله الخصم، بل كان أصلاً مخصوصاً.

ثم العصمة المقومة في الأموال إنما هي بالإحراز بالدار، وذلك إنما يكون بالمنعة.. فكذلك في النفوس لكونها تابعة لها فيها على ما ذكرناه، ولكن لا منعة لدار الحرب؛ لأن الشرع أسقط منعة الكفر ما دام في الحرب؛ فإذا لم يكن لها منعة.. لا يوجد الإحراز، فلا توجد العصمة المقومة، فلا يجب الدية والقصاص.

(وإذا قُتِلَ) - على صيغة [٦٩٨/أ] المجهول - **(مسلم لا ولي له خطأ، أو مستأمن أسلم هنا)** أي: في دار الإسلام **(.. فللإمام أخذ الدية من عاقلة القاتل)** وعليه الكفارة؛ لأنه قتل نفساً معصومة خطأ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة، وإنما كان حق الأخذ للإمام؛ لأنه لا وارث له.

ومعنى قوله: «فللإمام»؛ لأنه لا وارث له، ومعنى قوله: «فللإمام أخذ الدية» أن يأخذه ليضعه في بيت المال؛ لأنه نصب ناظراً للمسلمين، وهذا من النظر لا بمعنى أنه يملكه.

وَفِي الْعمدِ: لَهُ أَن يقْتَصَّ أَو يَأْخُذَ الدِّيَةَ إِن شَاءَ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفوُ مجَّاناً.

(وفي العمد: له) أي: للإمام (أن يقتصّ أو يأخذ الدية [إن شاء])؛ لأن النفس معصومة، والقتل عمد، والوليّ معلوم وهو العامّة، أو السّلطان؛ لما روي: «إن السّلطان وليّ من لا وليَّ له».

ثم أخذ الدية ههنا إنما شرع بطريق الصلح؛ لأن موجب العمد هو القصاص عيناً، وإنما شرع هذا؛ لكونه أنفع من القصاص، فمع هذا: إن القصاص قد يكون أنفع لهم من الدية من حيث ينزجر أمثاله، فلذا خيّر بين الدية والقصاص.

(وليس له) أي: للإمام (العفو مجّاناً)؛ لأن الحق للعامّة، وولايته نظريّة، وليس من النظر إسقاط حقّهم مجّاناً.

ولو كان المقتول لقيطاً، فقتله الملتقط أو غيره خطأ.. فلا إشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه، ولو كان القتل عمداً فإن شاء الإمام.. قتله، وإن شاء.. صالحه على الدية كما في مسألة الكتاب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله، ولا أقتله؛ لأنه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه إن كان ابن رشده، وكالأم إن كان ابن زنا، فاشتبه من له حق القصاص، فلا يستوفى كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء.

ولهما: أنه لا يعلم له ولي، ولا هو في مظنته، واحتمال كونه له في نفس الأمر: لا يفيد؛ إذ لا ينتفع به، فكان وجوده في نفس الأمر وعدمه سواء؛ لأنه لا يقدر على الانتفاع به، فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامّة كما في الإرث .

* * *

(بَابُ الْعشْرِ وَالْخَرَاجِ)

(باب العشْرِ وَالخَرَاج)

لما ذكر ما يصير به الحربي ذمياً.. شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه، وذكر العشر استطراداً، لأنَّ سبب كل منهما: هو الأرض النامية، وقدمه على الخراج؛ لكونه من الوظائف الإسلامية، وهو بضم العين: أحد أجزاء العشرة.

والخراج، اسم لما يخرج من غلة الأرض، ثم سمّي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس على ما سيأتي بيانها.

واعلم: أن الأراضي؛ إما عشرية، أو خراجيّة، أو شرائيّة [٦٩٨/ب]، أو ميريّة، ويقال لها في عرف الفقهاء أرض مملكة على ما صرّح به في «قاضي خان» و«البزازية» و«الخزانة».

والأوليان على ما سيأتي تحديدهما: مملوكتان لأصحابهما يصح بيعهما وشراؤهما وتوريثهما ووقفهما، حتى لو وقف أرضه العشرية أو الخراجية.. صحّ وقفهما، لكن لا يسقط منهما العشر والخراج بالوقف، والبناء عليه على ما في «الفتاوى»، بل يؤخذ العشر من العشرية والخراج من الخراجية، ثم يصرف الباقي إلى مصارف الوقف.

والحاصل: إنّ صاحبهما يتصرف فيهما كسائر أملاكه.

وكذا الثالث، وليس فيه مؤنة العشر والخراج أصلاً.

قال في «البزازية» من باب الخراج: اشترى أرض خراج وبنى عليها داراً.. فالخراج على المشتري؛ لأنه المعطل. انتهى.

لا يقال: هذا مخالف لما ذكرت من أن الأرض الشرائية لا مؤنة فيها من العشر والخراج؛ لأنا نقول: ليس المراد بالشرائية: المشترى بطريق ما مطلقاً حتى يرد ما

ذكرت، بل المراد بها: أرض أميرية اشتريتها من السلطان أو نائبه بثمن معين؛ فإن هذه الأرض لا مؤنة فيها أصلاً، بل في حكم سائر الأملاك على ما سيأتي ذكره.

ومنه ظهر: أنّ ما وضعه السّلطان في الدور والمنازل المملوكة لأصحابها الواقعة في البلاد الإسلاميّة المبنية على الأراضي الأميرية بإذن نائب السلطان من المقاطعات والمقابلات، ويسمّونها باسم: «رسم الزمين» ويأخذونها في كل سنة.. مما لا أصل لها في الشرع، بل هي من النوائب السلطانية المحضة؛ لأن المأخوذ:

إن كان في مقابلة رقبة الدار.. فهو باطل؛ إذ لا مؤنة في رقبة الدار المملوكة بالإجماع.

وإن كان في مقابلة أرضها.. فهو أيضاً باطل؛ لأنه لما بني على تلك الأرض بالشراء من السلطان أو نائبه.. فهي ملحقة بالبناء، فيكون ملكاً له.

نعم لو أذن السلطان بالبناء على الأرض في مقابلة شيء في كلّ سنة أو شهر وبني عليها.. يؤخذ منه في كل سنة ذلك المقدار، لكن الواقع في زماننا ليس كذلك، بل وكيل السلطان يأخذ فيمن يريد البناء مقدار الثمن ويأذن البناء، فتكون الأرض شرائية فيملك رقبتها.

وأما الرابعة: فهي غير مملوكة لأحد، ورقبتها لبيت المال، وتفسيرها على ما في «البزازية» على وجهين:

أحدهما: أن تكون أراضي لا مالك لها، فيعطيها الإمام لرجل ليقوم عليها [٦٩٩/أ] كالمالك، ويعطي الخراج.

والثاني: أن المالك إذا عجز عن أداء الخراج.. يعطيها الإمام لرجل ويقوم مقام المالك في إعطاء الخراج والزراعة، ولا يملك هذا الرجل بيعها؛ لأن الإمام ما ملكها له، وإنما أقامه مقام المالك في أمر خاص، لكن الإمام يأخذ الخراج من نصيب الدهقانية، وكذا يؤاجرها الإمام ويأخذ الخراج من الأجرة.

ولو باع الإمام وأعطى الثمن للمالك وأخذ الخراج من المشتري.. جاز. قيل: جواز البيع قولهما، وقيل: قول الكلّ. انتهى.

والأراضي التي فتحها الإمام عنوة، ولم يقر أهلها عليها، ولم يقسمها بين الغانمين، بل أمسكها لبيت المال: من قبيل الرابعة، وأكثر أراضي هذه الديار كذلك؛ لأن الإمام لم يملكها حين فتحها لأحد من المسلمين حتى تكون عشرية، ولا لأهلها حتى تكون خراجيّة.

وكذلك من هذا القبيل: الأراضي التي مات مالكها ولم يخلف ورثة، وانتقلت الأرض إلى بيت المال، وكلّ من هذه الأراضي لا يجوز بيعها، ولا شراؤها، ولا وقفها - لا لمتصرفها، ولا لمن وكّل من طرف الإمام لأخذ خراجها - ولا توريثها لأن هذه التصرفات مدارها الملك، ولا ملك في هذه الأراضي.

وأما انتقالها بعد موت المتصرف في زماننا إلى أولاده الذكور.. فليس بطريق الإرث، بل بطريق القانون عن الإمام، وإلا.. لاستوى فيه سائر الورثة.

وقال في «قاضي خان» في بيان الوجه الثاني لما ذكره البزازي: إذا عجز صاحب الأرض ولم يجد ما ينفق في عمارتها.. يدفعها الإمام إلى غيره مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، وتكون الغلة لصاحب الأرض، يؤدّي عنها الخراج ويمسك ما بقي.

وإن لم يجد الإمام من يأخذها مزارعة.. يؤاجرها الإمام، فيكون الأجر لصاحب الأرض يؤدّي عنه الخراج.

وإن لم يجد من يستأجرها.. يبيعها، فيكون الثمن لصاحب الأرض يؤدّي عنه الخراج ويمسك الفضل.

وإن لم يجد من يشتريها.. يدفع إليه من بيت المال مقدار ما ينفق في عمارة الأرض قرضا؛ لأن الإمام مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ له.

قالوا: هذا قول أبي يوسف ومحمّد؛ أما على قول أبي حنيفة: لا يبيع ولا يؤاجر؛ لأن ذلك حجر، وعنده: الحجر على الحر العاقل البالغ باطل.

وكذا قرية فيها أراض مات أربابها أو غابوا عنها، وعجز أهل القرية على خراجها فأرادوا التسليم إلى [٦٩٩/ب] السلطان.. فإن للسلطان أن يفعل ما قلنا؛ فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه.. يبيعها من غيره، ثم يشتري من المشتري. انتهى.

فقد صرّح بجواز بيع الإمام الأراضي الأميرية وشرائها لنفسه ولم يقيّده بوقت، وقيّده في «فتح القدير» بوقت الضرورة؛ حيث قال: إن الأراضي التي كانت لبيت المال.. لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه إلا عند الضرورة؛ لأن نظره في مال المسلمين كنظره في مال اليتيم، فلا يجوز له بيع عقاره إلّا لضرورة عدم وجود ما ينفعه سواه.

وقال في «البحر»: أن بيع الإمام أراضي بيت المال لا ينحصر وقت الضرورة، بل: له بيعها لغير حاجة إذا رغب فيه الناس، فيضعف قيمته على المفتى به كما في مال اليتيم، وسننقله بعبارتهما عند شرح قول المصنف: «وأرض السواد خراجية».

ثم جواز شراء الإمام الأراضي الأميرية لنفسه لا يختص بصورة بيعها من الغير على ما حققه في «قاضي خان»، بل يجوز شراؤها لنفسه ممن ولاه لحفظ بيت المال على ما سيأتي من الكتابين المذكورين.

فإذا جاز بيع الإمام الأراضي الأميرية من الغير؛ فإنِ اشتراها شخص من الإمام بشرطه شراء صحيحاً.. يملكه كسائر أملاكه، ويتصرف فيها تصرف الملك من البيع والهبة والتوريث والوقف، حتى لو وقفها.. يصحّ وقفه بلا مؤنة من العشر والخراج؛ لأنه ملكها بالشراء، فلا يؤخذ منه العشر ولا الخراج كما في سائر أملاكه.

بخلاف الأراضي العشرية: فإنها وإن كانت ملكاً له أيضاً: إلا أنه ملكها بتمليك الإمام أول الفتح بوضع العشر عليها لا بالشراء وأخذ الثمن لبيت المال، ثم لا يرتفع العشر عمن ملكها بعده؛ وكذا الخراجية.

ثم اعلم: أنه قد ظهر مما ذكرناه من «البزازية» و «قاضي خان»: أن الإمام إذا دفع أراضي المملكة إلى قوم يدفعها بطريقين:

أحدهما: إقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج.

والثاني: بطريق الإجارة.

وبه صرّح في «التاتارخانية»؛ حيث قال: السلطان إذا دفع أراض لا مالك لها - وهي التي تسمّى أراضي المملكة - إلى قوم ليعطوا الخراج.. جاز، وطريق الجواز أحد الشيئين؛ إما إقامتهم مقام الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج، أو الإجارة بقدر الخراج، ويكون المأخوذ منهم خراجاً في حق الإمام، أجرة في حقهم. انتهى [٧٠٠/أ].

أي: يكون على كلا الطريقين خراج مقاسمة يصرف إلى مصارف الخراج، والرأي في مقدار المأخوذ إلى الإمام؛ إن أراد.. يأخذ عشر الحاصل، وإن أراد.. يأخذ ثمنه أو ربعه أو نصفه لا أكثر من نصفه، لكنه في الطريق الثاني يكون خراجاً بالنسبة إلى المتصرف، وهذا ما لا شبهة فيه.

وإنما الشبهة: فيما أخذه المتصرّف إذا فوّض ما في يده من أراضي المملكة إلى الغير بإذن صاحب الملك، وفيما أخذه صاحب الملك إذا فوض ما تركه المتصرف بلا ولد ذكور من أراضي المملكة.. فهل له مساغ شرعي أم لا؟

فانظر إلى ما في «الطريقة» قال فيها: وأمر الأراضي في زماننا مشوّش جداً، إذ أصحابها يتصرفون فيها تصرف الملاك من البيع والإجارة والمزارعة ونحوها، ويؤدون خراجها من الموظف والمقاسمة إلى المقاتلة أو غيرها ممن عيّنه السلطان، إلا أنّهم إذا باعوا.. أخذ بعض الثمن ممن عيّنه السلطان لأخذ الخراج، وإذا ماتوا؛ فإن تركوا أولاداً ذكوراً.. يرثونها فقط دون سائر الورثة، ولا يقضى منها ديونه، ولا ينفذ وصاياه، وإلا.. فيبيعها من عيّنه السلطان.

فإذا اعتبرنا باليد وقلنا: إن الأرض ملك لذي اليد.. يلزم أن يكون ميراثاً لكل الورثة بعد أن يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه، فحرمان ما عدا الأولاد الذكور وعدم القضاء والتنفيذ.. ظُلمٌ.

وتصرّفهم فيها وتصرّف مَن عيَّنه السلطان إن لم يكن في الورثة أولاد ذكور.. تصرف في ملك الغير، فيكون الحاصل منها خبيثاً.

وكذا ما قال في «التاتارخاينة»: رجل غصب أرضاً فأجرها وأخذ غلّته، أو زرع الأرض كراً فخرج منه ثلاثة أكرار.. يأخذ رأس ماله الكر، ويتصدّق بالغلة والكرين، ويضمن النقصان، وهذا في قولهم جميعاً. انتهى.

ويكون أخذ بعض الثمن أو كلّه في البيع حراماً لمن عيّنه السلطان، وبمرور الأزمان تخرج الأراضي أو أكثر عن ملك ذي اليد بالكلية، وفيه فساد عظيم.

وإن قلنا: إن الأراضي ليست بمملوكة لأصحابها، ورقبتها لبيت المال؛ إذ المعهود في زماننا وفيما تقدم ممّا يعرفه آباؤنا وأجدادنا: أن السلطان إذا فتح بلدة لا يقسم أراضيها بين القائمين، وهذا جائز؛ إذ الإمام مخيّر بين القسمة، والإبقاء للمسلمين إلى يوم القيامة، وبوضع الخراج: يكون تصرف ذي اليد فيها بأحد طريقين:

أحدهما: إقامتهم مقام [٧٠٠/ب] الملاك في الزراعة وإعطاء الخراج.

وثانيهما: الإجارة بقدر الخراج، ويكون المأخوذ منهم: خراجاً في حق الإمام، أجرة: في حقّهم على ما صرّح به في «التاتارخاينة».

وعلى كلا التقديرين لا يجري فيه البيع والهبة والشفعة والوقف والإرث ونحوها:

أما على الأوّل: فلأنَّ إقامتهم مقام الملاك لضرورة صيانة حق المقاتلة عن الضياع - أعني: الخراج - فيتقدر بقدرها، ولا يتعدى إلى غير الصّيانة من البيع والهبة والشفعة ونحوها؛ لعدم الضرورة فيها.

وأما على الثاني: فظاهر؛ إذ ليس للمستأجر بيع ما استأجره، ولا هبته، ولا وقفه ونحوها، فيكون بيع ذي اليد باطلاً، وثمنها حراماً ورشوة.

وهذا؛ أي: اعتبار أنَّ الأراضي ليست بمملوكة لأصحابها ورقبتها لبيت المال: أصح الاحتمالين، وأقلّ مخالفة للشرع الشريف وضرراً للناس، فيجب الحمل عليه، فيكون الانتقال لأولاده الذكور بأحد الطريقين المذكورين أيضاً لا بالإرث.

وأما جعل بيعها إجارة فاسدة ليحلّ مقدار أجر المثل للبائع ففاسد جدّاً لا وجه له أصلاً:

أما أوّلاً: فلأن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع في القول المختار للفتوى؛ خصوصاً إذا لم يوجد التوقيت، قال الإمام قاضي خان: والفتوى على أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع والشراء.

وفي «العتابية»: والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت.

وأما ثانياً: فلأنّه قد سبق أن الإقامة مقام الملاك ليس من كل جهة، بل لضرورة صيانة حق المقاتلة.

فلا يملك الإجارة في الطريق الأول؛ لعدم الضرورة في إيجادها.

وكذا في الثاني لوجهين:

الأول: أن كون الخراج أجرة في حق ذي اليد؛ لضرورة عدم تحقق حقيقته ومعناه ههنا؛ لأنه مؤنة الأرض، والمؤنة لا تجب إلا على المالك، فجعله أجرة في حق ذي اليد لضرورة عدم تحقق حقيقته ومعناه ههنا؛ لأنه مؤنة الأرض لهذه الضرورة فقط، ولهذا سقط وجوب بيان قدر الأجرة وجاز مع جهالتها في خراج

المقاسمة، فهو في الحقيقة: خراج، ولذا لا يجوز صرفه إلّا إلى مصارف الخراج؛ فإذا لم يكن أجرة حقيقة ومن كل وجه.. لا يجوز لصاحبها إجارتها.

والثاني: أن الخراج يؤخذ من المتصرف؛ فإذا كان شراؤه استئجاراً وثمنه أجرة معجلة.. لا يمكن أن يجعل الخراج أجرة بالنسبة إلى المتصرف [٧٠١/أ]، بل يجب حينئذٍ أن يجب الخراج على البائع ويؤخذ منه.

وأما ثالثاً: فلأنّ البائع أو المشتري قد يموت في مدّة قريبة، فتنفسخ الإجارة، فيجب ردّ الأجرة المعجلة، فالحّق: أن بيعها باطل، والمأخوذ رشوة يجب ردّها إلى معطيها. انتهى.

قوله: «وأما جعل بيعها إجارة فاسدة» أورد على مولانا أبي السعود؛ فإنه قال: إن الأراضي المملكة في أيدي أصحابها عارية.. فبيعهم باطل، والثمن حرام، وأفتى به، ثم رجع عنه وقال: إن بيعها إجارة فاسدة يحل أجر المثل للمؤجر.

وقوله: «فلأنَّ الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع» أقول: إن لفظ البيع لا يخلو من أن أضيف إلى المنفعة أو إلى العين:

فإن أضيف إلى المنفعة بأن قال: بعت منافع داري أو عبدي شهراً بكذا، أو منافع نفسي شهراً بكذا.. ففي «الخلاصة» و«البزازية» نقلاً عن «العيون»: إن الإجارة في أمثالها فاسدة - أي: باطلة - بدليل تعليلهما بأن المنافع معدومة، والمعدوم لا يصلح محلاً للبيع، فيكون باطلاً.

ثم ذكرا نقلاً عن شيخ الإسلام: أن في أمثال هذه المسائل اختلاف المشايخ.

وقال في «كشف الكبير»: الصحيح أنّ هذه العقود لا تجوز؛ لعدم المحل، فظهر منه أن انعقاد الإجارة بلفظ البيع المضاف على المنفعة مختلف فيه، والصحيح: عدم انعقادها.

ولهذا قال في «السراج الهندي»: لو قال: بعت منك منافع داري أو عبدي.. لا ينعقد به الإجارة؛ لعدم المحل؛ كما لم تنعقد فيها إذا أضيف إليها لفظ الإجارة بأن قال: آجرتك هذه الدار، لا إلى المنفعة.

وإن أضيف لفظ البيع إلى العين.. فلا يخلو؛ إما أن يكون المبيع ممّا يصلح محلاً للبيع، أو مما لا يصلح محلاً له؛ فإن كان مما لا يصلح كقول الحر: بعت منك نفسي شهراً بكذا لعمل كذا.. ينعقد إجارة على ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية»، ثم قالا: وعن الكرخي: أن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع، ثم رجع وقال: تنعقد. انتهى.

فالظاهر منه: أن الإجارة تنعقد في هذه المسألة إلا على القول المرجوع عنه عن الكرخي.

وجزم في «التوضيح» و«التلويح» بانعقاد الإجارة بلفظ البيع في هذه المسألة بلا ذكر خلاف أصلاً، والذي ظهر من «كشف الكبير» و«التقرير»: أن انعقادها في هذه المسألة قول بعض المشايخ، وهو: المختار.

والحاصل: أن الإجارة تنعقد بلفظ البيع في مسألة الحر، لكن بذكر المدة والأجرة والعمل [٧٠١/ب]، حتى لو ترك واحداً من هذه الثلاثة.. يفسد العقد كما في «التلويح».

وقال في «الكشف الكبير»: فإن ترك واحداً من هذه القيود الثلاثة.. يفسد العقد كما في صريح الإجارة. انتهى.

والذي ظهر منه: أنّ الإجارة في مسألة الحر عند ترك أحد القيود الثلاثة: فاسدة لا باطلة، سيّما قول «الكشف» كما في صريح الإجارة؛ فإنه لو قال: آجرت نفسي بكذا لعمل كذا، ولم يذكر المدّة.. تكون فاسدة لا باطلة، وكذا لو قال: آجرت نفسي شهراً بكذا، ولم يذكر العمل.. تكون فاسدة لا باطلة.

وإن كان العين ممّا يصلح محلّاً للبيع نحو: «بعت عبدي أو داري منك بكذا»؛ فإن لم يذكر المدة.. ينعقد بيعاً لا محالة؛ لإمكان العمل بحقيقة البيع مع فقد شرط المجاز، وهو بيان المدّة.

وإن ذكر فيه المدة بأن قال: بعت منك عبدي شهراً بكذا؛ فإن لم يسمّ جنس الفعل.. فلا رواية فيه، وإن سمّاه، مثل: «بعت منك عبدي شهراً بكذا لعمل كذا».. ينعقد إجارة؛ لأن إطلاق البيع على الإجارة مجاز متعارف عند أهل المدينة، فيجوز عند غيرهم أيضاً إذا اتفق المتعاقدان عليه على ما في «الأسرار».

ويجوز أن ينعقد بيعاً صحيحاً لإمكان العمل بالحقيقة بحمل المدة على تأجيل الثمن؛ لأن ذكر المدة في مثل هذا المقام إنما تكون لتأجيل الثمن، لا لتوقيت المبيع.

ويجوز أن ينعقد بيعاً فاسداً؛ لأن الحمل على الحقيقة القاصرة أولى من الحمل على المجاز وهو الإجارة، والبيع الفاسد بيع حقيقة، لكنه قاصر حتى لا يفيد الملك بدون القبض، فيكون الحمل عليه أولى من الحمل على الإجارة. كذا في «الكشف» و«التلويح».

إذا عرفت هذا.. فما نحن فيه - أعني: مسألة بيع أراضي المملكة - ليس من قبيل ما أضيف لفظ البيع إلى المنفعة؛ إذ لم يسمع أصلاً أنهم يقولون في وقت البيع: بعت منك منافع هذه الأرض، بل يقولون: بعت منك هذه الأرض بكذا، فيكون من قبيل إضافة البيع إلى العين الغير الصالح للبيع؛ لأن أرض المملكة لا تصلح للبيع إلا للإمام وقت الضرورة؛ فإن كان البائع هو الإمام أو من عيّنه الإمام لأخذ الخراج:

فإن كان وقت الضرورة.. يحمل على حقيقة البيع.

وإن كان غير وقت الضرورة.. يحمل على الإجارة مجازاً؛ صيانة لكلامه عن اللغو، لكنها فاسدة؛ لعدم ذكر المدة والعمل، فيكون ما أخذه معجّلاً محمولاً على أجر المثل، يحلّ له أخذه [٢٠٧/أ] لبيت المال.

وان فسخ الإجارة قبل استيفاء قدر المعجلة.. يلزمه ردّه على صاحبه.

وإن كان البائع هو المتصرّف:

فإن كان تصرّفه بإقامة الإمام أو من عيّنه الإمام مقام الملّاك في الزراعة وإعطاء الخراج.. فلا ينعقد بيعه أصلاً.

وإن كان تصرّفه بطريق الإجارة من الإمام لو ممّن عيّنه الإمام؛ فإن باعه بلا إذن من الإمام.. أو ممّن عيّنه الإمام.. لا ينعقد أصلاً أيضاً، وإن باعه بإذن أحدهما.. يحمل على الإجارة الفاسدة أيضاً؛ لأن المؤجر في الحقيقة هو الإمام، فيكون ما أخذه الإمام أو ممن عيّنه معجّلة لبيت المال، وما أخذه ذلك البائع لا يحلّ له أخذه.

والواقع في زماننا: أنهم باعوها بإذن من عيّنه الإمام لأخذ الخراج، ويأخذ كل من البائع وممّن عيّنه الإمام قدراً من المعجّل، فيحلّ ما أخذه من عيّنه الإمام لبيت المال، ولا يحلّ ما أخذه البائع له، إلا إن باعه قبل استيفاء ما عجّله للإمام أو لمن عيّنه الإمام؛ فإنه حينئذ يحلّ له أخذ مقدار ما بقي من المعجّل.

فعلى هذا: قوله: «فلأنَّ الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع» في القول المختار، بل لا يصحّ على إطلاقه لما ذكرناه: أنها تنعقد بلفظ البيع إذا أضيف إلى العين في غير أرض المملكة، ويدفع بحمل مراده على أنّها لا تنعقد به في المملكة، وفيما كان العاقد هو المتصرف لا الإمام.

وأما ما نقله عن «العتابية».. فهو محمول على ما أضيف البيع إلى العين في غير أرض المملكة، فيكون معناه أنها تنعقد صحيحاً بلفظ البيع إذا وجد التوقيت؛ لما ذكرناه: أنها لا تنعقد حين أضيف البيع إلى المنافع وإن وجد التوقيت، وأما إذا أضيف إلى العين؛ فإن وجد التوقيت والأجرة والعمل.. تنعقد الإجارة صحيحاً، وإن لم يوجد واحد منها.. تنعقد فاسداً، فحمل ما نقله عن «العتابية» غير محمل ما ذكره قبله.

أَرضُ الْعَرَبِ عُشْرِيَّةٌ، وَهِيَ: مَا بَينَ العَذيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرَ..........

وقوله: «لا يجوز لصاحبها إجارتها»:

إن أراد: أنه لا يجوز بدون إذن الإمام أو من عيّنه الإمام.. فمسلم.

وإن أراد: أنّه لا يجوز مع إذن واحد منهما.. فممنوع، بل جائز لكنه لا يحلّ له أخذ المعجّل.

والحاصل: أن بيع أرض المملكة وإجارتها وأخذ أجرتها لا مساغ له في الشرع للمتصرف أصلاً، ويجوز بيعها وأخذ ثمنها للإمام وقت الضرورة أو زيادة رغبة الناس، ويجوز إجارتها وأخذ أجرتها له مطلقاً.

فما ذكره المحقق من الرد على أبي السعود [٧٠٢/ب] وارد وإن كان في عبارته مناقشة كما ترى، وأرض الوقف بالنسبة إلى المتولي والمتصرف كأراضي المملكة.

(**أرض العرب عشرية**)؛ لأن النبي ﷺ والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج منها، ولأنه بمنزلة الفيء، فلا يثبت في أراضيهم، كما لا يثبت في رقابهم؛ لأن شرط الخراج: أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق، ومشركوا العرب لا يبقى على الكفر؛ لأنه لم يقبل منهم إلّا الإسلام أو السّيف.

فإن قيل: لا يلزم من عدم الخراج لزوم العشر ما لم يقم دليل على لزومه؛ لأن التعليل بالعدم ليس بصحيح عندنا على الأصح على ما في الأصول، وليس الأصل في الأراضي العشر حتى يقال: إذا عدم دليل الخراج.. بقي العشر على أصله، بل الأصل في الأراضي: الخراج، وإنما صير إلى العشر لشرف الإسلام على ما في المختار.

قلنا: لمّا انتقلت أراضيهم إلى الإسلام.. صار الأصل فيها العشر على ما هو الأصل في الوظائف الإسلامية؛ فإذا عدم دليل الخراج.. بقي العشر على الأصل.

(**وهي**) أي: أرض العرب - شروع في بيان حدّها - (**ما بين العذيب**) وهي ماء لتميم في قرية من قرى الكوفة (**إلى أقصى حجر**) بفتحتين بمعنى: الصخر، لما روي

بِالْيمنِ بِمَهْرةَ، إِلَى حدِّ الشَّامِ، وَكَذَا الْبَصْرَةِ.

وكلُّ مَا أسلمَ أَهلُهُ أَو فُتِحَ عُنْوَةً وَقُسِمَ بَينَ الْغَانِمينَ.

وَأَرْضُ السَّوَادِ: خَرَاجِيَّةٌ،......................................

عن «أمالي أبي حنيفة»: الصخر موضع الحجر **(باليمن بمهرة)**، هي اسم قبيلة ينسب إليها الإبل المهرية، يسمى ذلك المقام به، فيكون بدلاً من اليمن، وهذا حدّها طولاً.

ثم شرع في بيان حدّها عرضاً بقوله: **(إلى حد الشام)** أي: من بيرين الدهناء ورمل عالج إلى قرى الشام.

(وكذا البصرة) أي: أرضها عشرية، والقياس: أنها خراجية؛ لأنها فتحت عنوة وأقرَّ أهلها عليها، وهي من جملة أراضي العراق، ولكن تركناه بالاستحسان لإجماع الصحابة على أنها عشرية.

(وكلّ ما أسلم أهله) طوعاً أي: عشرية، **(أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين)** أو بين المسلمين بعدما أجلي أهلها وأقّر عليها قوم آخرون من المسلمين، وهذا لأن الحاجة في هاتين الصورتين إلى ابتداء التوظيف على المسلم، والعشر أليق بهم؛ لما فيه من معنى العبادة والتخفيف؛ لأنه يتعلق بنفس الخارج.

ثم شرع في بيان الخراجية: **(وأرض السواد)** - أي: سواد الكوفة؛ أي: قراها؛ سمّي بالسّواد لخضرة أشجارها وزروعها - **(خراجيّة)** لأن عمر حين فتح سواد العراق.. وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة، ووضع على مصرحين فتحها عمرو بن العاص عنوة، وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام على ما هو المشهور.

وفي «فتح القدير» [٧٠٣/أ] نقلاً عن بعض الشارحين: أنّ مصراً فتحت صلحاً على يدي عمرو بن العاص، وإن مدن الشام فتحت صلحاً وأراضيها عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان.

ثم قال بعد ورقتين: إنّ المأخوذ من أراضي مصر الآن: بدل إجارة لا خراج،

ألا ترى أن الأراضي ليست مملوكة للزّراع، وهذا بعدما قلنا: إن أرض مصر خراجيّة.. كأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً من غير إخلاف ورثة، فصارت لبيت المال، وينبغي على هذا: أن لا يصحّ بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها؛ لأن نظره في مال المسلمين كنظر وليّ اليتيم، فلا يجوز له بيع عقاره إلّا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه؛ فلذلك كتبت في فتوى رفعت إليّ في شراء السّلطان الأشرف برسباي الأرض ممّن ولاه نظر بيت المال، هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت: إذا كان بالمسلمين حاجة.. جاز ذلك. انتهى.

وقال في «البحر»: كأنه أجاب: أنه إن لم يكن لهم حاجة لا يجوز، وهو مبني على قول المتقدّمين؛ أما على قول المتأخرين المفتى به: لا ينحصر جواز بيع عقار اليتيم في ذلك، بل فيه وفيما إذا كان على الميّت دين ولا وفاء إلا منه، أو رغب فيه الناس بضعف قيمته.. فكذلك نقول: للإمام بيع عقار بيت المال لغير حاجة إذا رغب فيه بضعف قيمته على المفتى به.

وهذه مسألة مهمّة وقع النّزاع فيها في زماننا في تفتيش وقع من نائب مصر على الرزق في سنة ثمان وخمسين وتسعمائة، حتى ادّعى بعضهم بأنّ المبايعات للأراضي من بيت المال غير صحيح، ليتوصّل بذلك إلى إبطال الأوقات والخيرات وهو مردود بما ذكرناه.

ثم قدم بعد ذلك شخص ولّاه السّلطان أمر الأوقاف، فطلب أن يحدث على أوقاف خراجاً متمسّكاً بأن الخراج واجب في أرض الوقف، وهو مردود عليه بما نقلناه من «فتح القدير» من أن الخراج ارتفع عن أرض مصر، إنما المأخوذ منها أجرة، فصارت الأراضي بمنزلة دور السكنى؛ لعدم من يجب عليه الخراج؛ فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحاً.. ملكها ولا خراج عليه، فلا يجب عليه الخراج؛ لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين؛ فإذا وقفها سالمة عن المؤن.. فلا يجب الخراج فيها، انتهى.

فظهر منه: أن أراضي المملكة إذا اشتراها شخص من الإمام شراء [٧٠٣/ب] صحيحاً.. يملكها بلا مؤنة من العشر والخراج؛ لأنه ملكها بالثمن بالشراء الصحيح؛ فصارت كسائر أملاكه، ثم إذا وقفها.. وقفها بلا مؤنة العشر والخراج من طرف بيت المال.

بخلاف الأراضي العشرية؛ فإن السّلطان ملكها حين الفتح بوضع العشر عليها بلا أخذ شيء منه لبيت المال، ثم لا يسقط منه العشر وإن وقفها.

وكذا الخراجية: لا يسقط عنها الخراج بالوقف والبيع ونحوهما.

ولذا قال في «البزازية»: اشترى أرض خراج وبنى عليها داراً.. فالخراج على المشتري؛ لأنه المعطل، وخراج المستأجر على المؤجر، والمستعار على المستعير.

ثم قال فيها: اشترى أرض خراج ولم يبق مدة التمكن من الزراعة.. فالخراج على البائع، وإن أخذه السّلطان من المشتري.. لم يرجع على البائع، بخلاف ما إذا أخذ من الأكار والأرض في يده، ولم يقدر على الامتناع.. يرجع على المالك؛ لأنه مضطرّ، وفي ظاهر الرواية: لا يرجع، وهو الصحيح.

وهل للسلطان أن يجعل الخراج لصاحب الأرض؟

فقال في «البزازية» و«الحاوي»: السّلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض.. يجوز عند أبي يوسف ويحلّ له.

وقال محمّد: لا يجوز، والفتوى على قول أبي يوسف إذا كان ربّ الأرض من أهله؛ كالقضاة والغزاة والأئمة.

وكذا العامل إذا ترك الخراج على المزارع بدون علم السلطان.. يحلّ له لو مصرفاً، وهل يجوز ترك الخراج على المزارع بدون علم السلطان؟

يحل له لو مصرفاً.

وهل يجوز ترك العشر لصاحبه أيضاً؟

وَهِـي: مَـا بَـينَ العـذيبِ إِلَـى عَقبَـةِ حُلـوانَ، وَمـن الثَّعلبـة أَوِ العلـثِ إِلَـى عبَّادانَ.

وَكَذَا كلُّ مَا فُتِحَ عُنْوَةً وَأُقِرَّ أَهلُهُ عَلَيْهِ، ....

ففي «البزازية»: السلطان إذا ترك العشر لمن هو.. جاز؛ غنياً.. كان أو فقيراً، لكن إذا كان المتروك عليه فقيراً.. فلا ضمان على السلطان، وإن كان غنياً.. ضمن السّلطان العشر للفقراء من بيت المال الذي وضع فيه الخراج لبيت مال الصدقة. انتهى.

لكن المصرح في «قاضي خان» و «الخلاصة»: إن ترك العشر على صاحب الأرض.. لا يجوز بالإجماع، وهل يحل الأكل من غلّة الأرض قبل أداء الخراج والعشر؟

ففي «البزازية»: ولا يحلّ الأكل من الغلة قبل أداء الخراج، وكذا قبل أداء العشر، إلا إذا كان المالك عازماً على أداء العشر، وإن أكل قبله.. ضمن عشره.

وفي «العتابي» عن الإمام الثاني: أنه لا يضمن، لكن يعتد ما أكله من النصاب، وفي رواية: إنه يترك له ما يكفيه له ولعياله، وإن أكله فوق الكفاية.. ضمن. انتهى.

(**وهي**) أي: أرض السواد: (**ما بين العذيب إلى عقبة حلوان**) اسم بلد حلوان بضم الحاء، وهذا حدّها عرضاً.

وأشار إلى حدّها طولاً بقوله [٧٠٤/أ]: (**ومن الثعلبة**) وهي منازل البادية (**أو العلث**) - بفتح العين وسكون اللام: قرية موقوفة على العلوية، وهو أوّل العراق شرقي دجلة - (**إلى عبادان**) وهو حصن صغير على شط البحر.

(**وكذا كل ما فتح عنوة وأقر أهله عليه**)، أطلقه تبعاً للقدوري.

وقال في «الجامع الصغير»: كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار.. فهي أرض خراج، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج فيها عين.. فهي أرض عشر.

فقيّد خراجيّة الأرض: بأن يصل إليها ماء الأنهار، وعلّلوه: بأن العشر والخراج يتعلّقان بالأرض النامية، ونماؤها بمائها، فيعتبر السّقي بماء العشر أو بماء الخراج؛ فإن سقيت بماء العشر.. فعشرية، وبماء الخراج.. فخراجيّة؛ سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها؛ لأن العبرة للماء لا لمن وضعت عليه الوظيفة.

واستشكله في «فتح القدير»: بأنا نقطع بأن الأرض التي أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السّماء.. لم تكن إلا خراجيّة؛ لأن أهلها كفار، والكفار لو انتقلت إليهم أرض عشرية - ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السّماء - لا تبقى على العشرية، بل تصير خراجيّة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.. فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر؟!

ثم كونها عشيرتة عند محمد إذا انتقلت إليه كذلك؛ أما في الابتداء.. فهو أيضاً يمنعه، ثم قال: وحاصل ما نقله «غاية البيان» عن «الجامع الصغير»: تقسيم أرض الخراج إلى ما يفتح عنوة ويقر أهلها عليها، وإلى ما لم يفتح عنوة لكنّها تسقى بماء الأنهار العظام كالنيل والفرات.

ثم قال: والحاصل: أن التي فتحت عنوة:

إن أقر الكفار عليها.. لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر.

وإن قسمت بين المسلمين.. لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار.

وإذا كان كذلك.. فالتفصيل المذكور في «الجامع الصغير» على ما نقله صاحب «الهداية» بالنسبة إلى الأرض المحياة التي لم تقسم بين المسلمين ولم يقر أهلها عليها بأن أحياها مسلم:

فإن وصل إليها ماء الأنهار.. فهي خراجية، **أو ماء عين ونحوه..** فعشرية؛ فإن التي فتحت عنوة ممّا يبتدأ فيها التوظيف ولم تقسم ولم يقر أهلها عليها ليس إلّا الموات التي أحييت.

أَو صُولِحوا.

سوى مَكَّةَ.

فصار المعنى: كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم ولم يقر أهلا عليها فأحياها المسلم؛ فإن وصل إليها ماء الأنهار.. فخراجية، أو ماء عين.. فعشريّة. انتهى ملخصاً.

وقال في «الزيلعي»: إن التفصيل المذكور في «الجامع الصغير» [٧٠٤/ب] في حقّ المسلم؛ أما الكافر.. فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى؛ لأن الكافر لا يبتدأ بالعشر، فلم يتأت فيه التفصيل في حالة الابتداء إجماعاً.

وإنما الخلاف فيه: في حالة البقاء فيما إذا ملك أرض عشرية مسلم، هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران؟ وقد مرّ في كتاب الزكاة.

فإن قيل: العبرة إما للماء أو حال من وضعت عليه الوظيفة، فعلى الأول: يلزم أن يكون أرض الكافر عشرية إذا سقاها بماء العشر، وعلى الثاني: يلزم أن يكون أرض المسلم عشرية وإن سقاها بماء الخراج.

فالجواب عنه: قدّمناه في كتاب الزكاة، فارجع إليه.

(أو صولحوا) أي: فتح صلحاً وقبلوا الجزية، وكذا ما أجلي أهله ونقل إليه قوم من الكفار، وكذا أرض موات أحياها الذمّي أو رضخ له من الغنيمة لقتاله مع المسلمين.. كلّها خراجيّة؛ لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكفار، والخراج أليق بهم.

وكل بلدة فتحت عنوة أو أسلم أهلها قبل أن يحكم الإمام فيهم بشيء.. كان الإمام فيهم بالخيار؛ إن شاء قسمها بين الغانمين.. فتكون عشرية، وإن شاء.. منّ عليهم، وبعد المن: الإمام مخيّر أيضاً؛ إن شاء.. وضع العشر، وإن شاء.. وضع الخراج إن كانت تسقى بماء الخراج على ما في «الخلاصة».

(سوى مكة) فإن رسول الله ﷺ: فتحها عنوة، وترك أهلها عليها، ولم يوظف الخراج.

وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لأَهْلِهَا يجوزُ بيعُهُم لَهَا وتصرُّفهم فِيهَا.

وَإِن أحيا موَاتاً..

(وأرض السواد مملوكة لأهلها، يجوز بيعهم لها، وتصرفهم فيها) كسائر الأملاك؛ لأن الإمام قد ملكها حيث فتحها ووضع عليها الخراج، وقال مالك والشافعي: إنها ليست بمملوكة لهم، بل موقوفة على المسلمين، وأهلها مستأجرون لها؛ لأن عمر استطاب قلوب الغانمين فأجرها.

وقال أبو بكر الرازي: هذا غلط بوجوه:

أحدها: أن عمر لم يستطب قلوبهم فيه، بل ناظرهم وشاور الصحابة على وضع الخراج، وامتنع بلال وأصحابه فدعا عليهم، فأين الاسترضاء؟!

وثانيها: إن أهل الذمة لم يحضروا الغانمين على تلك الأراضي، فلو كان إجارة.. لاشترط حضورهم.

وثالثها: أنه لم يوجد في ذلك رضاء أهل الذمة، ولو كان إجارة.. لاشترط رضاؤهم.

ورابعها: أن عقد الإجارة لم يصدر بينهم وبين عمر، ولو كانت إجارة.. لأوجب العقد.

وخامسها: أن جهالة الأراضي.. تمنع صحّة الإجارة.

وسادسها: جهالة المدة.. تمنع من صحّتها أيضاً.

وسابعها: أن الخراج مؤبّد، وتأبيد الإجارة باطل.

وثامنها: أن الإجارة لا تسقط بالإسلام، والخراج يسقط [٧٠٥/أ] عنده.

وتاسعها: أن عمر أخذ الخراج من النخل ونحوه، ولا يجوز إجارة الأشجار.

وعاشرها: أن جماعة من الصّحابة اشتروها، فكيف يبيعون الأرض المستأجرة، وكيف يجوز لهم شراؤها؟!

(وإن أحيا مواتاً): قال في «المغرب»: الموات: الأرض الخراب، خلاف العامر.

يعْتَبرُ: قُربُهُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وماؤه: عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وعن الطحاوي: هو ما ليس بملك لأحد، ولا هي من المرافق، بانقطاع مائها أو غلبته عليها وكانت خارج البلد؛ سواء قربت منه أو بعدت في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أرض الموات: هي البقعة الّتي لو وقف رجل على أدناه من العامر ونادى بأعلى صوته.. لم يسمعه أقرب من في العامر إليه.

وفي «الخلاصة»: الأرض الميتة: كلّ أرض من أرض السواد والجبال، لا يبلغها ماء الأنهار، وليس لأحد فيها ملك.

(**يعتبر قربه عند أبي يوسف**)؛ فإن كانت بقرب أرض الخراج.. فخراجية، وإن كانت بقرب أرض العشر.. فعشرية؛ لأن القرب من أسباب الترجيح كما في فناء الدار؛ فإن لصاحب الدّار الانتفاع بفنائها للقرب وإن لم يكن ملكه.

ومن أجل أنّ له حق الانتفاع لو قال المستأجر للأجراء: هذا فنائي، وليس لي فيه حقّ الحفر، ولكن احفروا، فحفروا.. لا ضمان عليهم استحساناً، بل على المستأجر؛ لأن كونه فناء بمنزلة كونه مملوكاً له في إطلاق يده في التصرف من إلقاء الطين والحفر وربط الدابة، غير أنّ أبا يوسف استثنى البصرة عن ضابطه؛ فإنّها عشرية عنده على ما تقدّم، وإن كانت من أحياز أرض الخراج؛ لإجماع الصحابة على جعلها عشرية.

(**وماؤه عند محمّد**)؛ فإن أحياها بماء العشر.. فعشرية، أو بماء الخراج.. فخراجيّة؛ لما مر أن الوظيفة تتعلّق بالأرض النامية، والنماء باعتبار الماء، وقد تقدم بيان ماء العشر وماء الخراج في كتاب الزكاة. ثم وضع المسألة فيما أحياه المسلم؛ لأن ما أحياه الذمي تكون خراجية مطلقاً؛ سواء أحياها بماء العشر أو بماء الخراج؛ وسواء قربت بأرض العشر أو بأرض الخراج، وهل يشترط الإذن من الإمام لمحييها في تملكها أم لا؟

ففيه خلاف، فاشترطه أبو حنيفة، ولم يشترطه صاحباه، حتى لو أحيا أرضاً ميتة بغير إذن الإمام.. لم يملكها عند أبي حنيفة، ويملكها عندهما، وتفسير الإحياء على ما ذكره محمد في «النوادر»: لا يكون بالسّقي والكراب، وإنما يكون بإلقاء البذر والزراعة، حتى لو كربها ولم يسقها، أو سقى [٧٠٥/ب] ولم يكرب.. لا يكون إحياء.

وفي ظاهر الرواية: إذا حفر لها النهر وسقاها.. يكون إحياء، وكذا إذا حوّطها أو سنمها بحيث يعصم [الماء].. يكون إحياء؛ وكذا إذا بنى عليها بناء أو يغرس أشجاراً.

بخلاف ما إذا وضع الأحجار حولها أو حصد ما فيها من الحشيش والشّوك، وجعلها حول الأرض يريد أن يحييها.. كان ذلك تحجيراً لا إحياء، وإذا فعل ذلك.. لا يملكها، بل كان هو أحقّ بإحيائها ما لم يرجع عن ذلك، فبعد التحجير.. لا ينبغي لغيره أن يشتغل بإحيائها، بل ينتظر إلى أن يعلم أنه ترك إحياءها، وذلك يعلم بأن تركها ثلاث سنين ولم يحيها؛ لقول عمر رضي الله عنه: «ليس للمحجر بعد ثلاث سنين حقّ».

وفي «قاضي خان»: وهذا بطريق الديانة، وأما في الحكم: إذا أحياها غيره بعد التحجير قبل مضي ثلاث سنين بإذن الإمام.. كانت له.

ومن أحيا مواتاً، ثم أحاط الإحياء بجوانبه الأربعة بالتعاقب.. فطريق الأوّل في الأرض الرابعة على ما روي عن محمّد؛ لأنه إذا سكت عن الأول والثاني والثالث.. صار الرابع طريقاً له.

ولو حفر بئراً في المفازة أو في موضع لا يملكه أحد بإذن الإمام.. كان له، وله ما حول البئر أربعون ذراعاً حريماً للبئر؛ لما روى الزهري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «حريم العين: خمس مائة ذراع، وحريم بئر العطن: أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح: ستون ذراعاً»؛ أي: من كلّ جانب، هذا قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة حريم بئر الناضح لا يزاد على أربعين ذراعاً.

ولو حفر بئراً في أرض موات لا يملكه أحد بإذن الإمام، ثم جاء غيره وحفر في حريم الأول بئراً.. كان للأول أن يسدّه ويكبسه؛ لأن الثاني تصرف في ملك الأول، فكان للأوّل أن يأخذه بكبس ما احتفر.

وكذلك لو بنى الثاني في حريم الأوّل بناء أو زرع زرعاً.. كان للأول أن يمنعه عن ذلك، وما عطب في بئر الأوّل.. لا ضمان عليه، وما عطب في بئر الثاني.. يضمن الثاني؛ لأنه متعد.

ولو كان الثاني حفر بئراً بإذن الإمام في غير حريم الأول، لكنها قريبة من الأول، فذهب ماء البئر الأول وعرف ذهابه بحفر الثاني.. فلا شيء للأول على الثاني؛ لأنه غير متعد، بل هو محقّ فيما صنع، ولم يكن له أن يخاصمه. هذا في البئر.

ولو حفر نهراً في مفازة أو في موضع لا يملكه أحد بإذن الإمام: قال أبو حنيفة: لا يستحق للنهر حريماً.

وقال صاحباه: يستحق مقدار عرض النهر [٧٠٦/أ]، حتى إذا كان مقدار عرض النّهر ثلاثة أذرع.. كان له من الحريم مقدار ثلاثة أذرع من الجانبين، من كلّ جانب ذراع ونصف ذراع في قول الطحاوي.

وعن الكرخي: مقدار عرض النهر من كلّ جانب.

ولو حفر قناة بغير إذن الإمام في مفازة، وساق الماء حتى أتى به أرضاً فأحياها.. فإنه يجعل لقناته ولمخرج مائه حريماً بقدر ما يصلح عند أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: إذا فعل ذلك بإذن الإمام.. يستحق الحريم للموضع الّذي يقع الماء فيه على وجه الأرض، وإن كان بغير إذن الإمام.. لا شيء له.

واعلم: أنّ كري الأنهار على ثلاثة أنواع: منها: ما يكون كريه على السلطان.

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر؛ فإذا امتنعوا.. يجبرون على ذلك.

ومنها: ما يكون كريه على أصحاب النهر؛ إذا امتنعوا.. لا يجبرون على ذلك.

أما الأوّل: فهو النهر العظيم الذي لم يدخل في المقاسم؛ كالفرات والدجلة وسيحون وجيحون والنيل؛ فإذا احتاج إلى الكري.. فإصلاحه على السّلطان من بيت المال؛ فإذا لم يكن فيه مال.. يجبر السلطان المسلمين على كريه ويخرجهم لأجله، وإن أراد واحد من المسلمين أن يكري منها نهراً لأرضه.. كان له ذلك إذا لم يضرّ بالعامّة، وإن أضرّ بالعامّة بأن ينكسر شط النهر وخاف منه الغرق.. يمنع منه.

وأما الثاني: فهو النهر العظيم الذي دخل في المقاسم وعليه قرى؛ فإذا احتاج إلى الكري.. كان ذلك على أهل النهر، وإذا امتنعوا.. أجبرهم الإمام، وطريق الجبر أن يأمر الإمام بالحفر غير الممتنع؛ ليرجع على الممتنع في قسطه ويأخذ ما أنفق من نصيبه من قدر ما أنفق، وليس لأحد أن يكري من هذا النهر نهراً لأرضه؛ أضر ذلك بأهل النهر أو لم يضر، ولا يستحق بهذا الماء بشفعة.

وأما الثالث: ففي النهر الخاص؛ فإذا احتاج إلى الكري.. كان ذلك على أهله، وإذا امتنعوا.. لا جبر عليهم؛ لأن ضرره عليهم.

وتكلّموا في النهر الخاص:

قيل: إن كان لعشرة فما دونها.. فهو خاص.

وقيل: إن كان لما دون أربعين.. فخاص، وإن كان لأربعين فما فوقه.. فعامّ.

وقيل: إن كان لما دون المائة.. فخاصّ.

وقيل: إن كان لما دون الألف.. فخاص.

وفي «قاضي خان»: وأصحّ ما قيل فيه: أن يفوّض إلى رأي المجتهد حتى يختار أي الأقاويل شاء.

وَالْخَرَاجُ نَوْعَانِ: خراجُ مقاسمةٍ، فَيتَعَلَّقُ بالخارجِ كالعُشرِ.

ثم في النهر الخاص لو أراد بعضُ الشركاء [٧٠٦/ب] الكري وامتنع الباقون: قال أبو بكر البلخي: لا يجبرهم الإمام، ولو حفره الذي طلبوا الكري.. كانوا متطوّعين.

وقال أبو بكر الإسكاف: يجبرون على ذلك، وإن أراد كلهم ترك الكري.. في ظاهر الرواية: لا يجبرهم الإمام، وقال بعض المتأخرين: يجبرهم الإمام.

(**والخراج نوعان: خراج مقاسمة فيتعلق بالخارج**) وهو أن يكون الواجب شيئاً من الخارج من الأرض، وذلك بأن يمنّ الإمام على أهل بلدة فتحها عنوة، فيضرب على أراضيهم شيئاً من الخارج، وليس لذلك الشيء حد معيّن، بل الإمام مخيّر في تقديره بربع الخارج أو خمسه أو سدسه أو سبعه على ما صرّح به في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازيّة» و«الزيلعي».

وقال في «البحر» إذا منّ الإمام عليهم.. جعل أراضيهم نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه، ثم قال نقلا عن «السراج الوهاج»: لا يزاد على النصف، ولا ينقص عن الخمس. انتهى.

ويخالفه ما ذكره في «الحاوي القدسي»؛ حيث قال: إذا فتح الإمام بلدة.. منّ على أهلها وجعل على أراضيهم الخراج مقدّراً بربع الخارج أو ثلثه أو نصفه أو أقل أو أكثر. انتهى.

فما ذكره صاحب «البحر» عن «السراج» بقوله: «ولا ينقص عن الخمس» مخالف لما ذكرناه من «الفتاوى»، وما ذكره بقوله: «لا يزاد على النصف» مخالف لما ذكره «الحاوي» بقوله: «أو أكثر».

قلت: إن التنصيف عين الإنصاف، فلا يزاد على النصف على ما ذكره في «البحر».

(**كالعُشْر**) في تعلقها بالخارج.

وخِراجُ وَظِيفَةٍ، وَلَا يُزَادُ على مَا وَضعَهُ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ على السَّوَادِ: لكلِّ جَريبٍ صَالحٍ للزَّرْع: صَاعٌ مِن بُرٍّ، أَو شعيرٍ وَدِرْهَمٌ.

(**وخراج وظيفة**) وهو أن يكون الواجب في الذمة بتوظيف الإمام على كل جريب، وتتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض لا بالخارج كالمقاسمة.

(**ولا يزاد**) - أي: خراج وظيفة - (**على ما وضعه عمر رضي الله عنه على أرض السواد لكلّ جريب**) اختلفوا في تفسير الجريب:

ففي «المغرب» و«قاضي خان» و«الخلاصة» و«الزيلعي» و«الكافي»: ومثل هذا في جريب سواد العراق، وفي غيره يعتبر على ما هو المتعارف بين أهل البلد.

واختاره في «المصباح»؛ حيث قال: اختلف مقدار الجريب بحسب اصطلاح أهل الأقاليم كاختلافهم في مقدار الرطل والكيل والذراع.

وقيل: الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل: ما يبذر فيه من الحنطة ستون مناً، وقيل: خمسون، وقيل: إن الجريب عشرة آلاف ذراع. نقله في «المصباح».

وقال في «فتح القدير» و«البحر»: إن المعول عليه: هو القول الأول؛ أعني: ستين في ستين [٧٠٧/أ].

واختلفوا في الذراع أيضاً: ففي أكثر كتب الفقه: أنه سبع قبضات.

وفي «المغرب» و«المصباح»: أنه ست قبضات. والتوفيق بينهما أنّ ما في كتب الفقه محمول على ذراع كسرى ملك العجم، وما في «المغرب» و«المصباح» محمول على ذراع العامة.

وذراع كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة، والقبضة أربع أصابع، والإصبع مجموع عرض ست شعيرات معتدلات.

(**صالح للزراعة**) - فيه إشارة على ما ذكرناه أنّ الوظيفة تتعلّق بالتمكن والصلاحيّة - (**صاع من برٍّ أو شعير ودرهم**) عطف على صاع، والصاع ثمانية أرطال، وقد تقدم في صدقة الفطر: نصَّ أبو يوسف ومحمّد على الصّاع.

ولجريبِ الرّطبَةِ: خَمْسَةُ دَرَاهِمَ.

ولجريبِ الْكَرمِ أَوِ النّخلِ الْمُتَّصِلِ: عشرَةُ دَرَاهِمَ.

وَلما سواهُ؛ كزعفرانٍ وبُستانٍ: مَا يُطِيقُ.

وَنصفُ الْخَارِجِ غَايَةُ الطَّاقَةِ.

قال أبو يوسف عن الشعبي: إن عمر بن الخطّاب فرض على الكرم عشرة، وعلى الرطبة خمسة، وعلى كل أرض يبلغها؛ عملت أو لم تعمل: درهماً ومختوماً. قال عامر: هو الحجاجي وهو الصاع.

وقال محمد في «الأصل»: فما كان من أرض اخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع.. ففي كل جريب: قفيز ودرهم في كلّ سنة؛ زرع ذلك صاحبه في السّنة مرّة، أو مراراً، أو لم يزرعه كلّه سواء، وفيه: كلّ سنة قفيز ودرهم.

والقفيز: قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشميّ، وهو مثل الصاع الّذي كان على عهد رسول الله ﷺ ثمانية أرطال.

(ولجريب الرطبة: خمسة دراهم، ولجريب الكرم أو النخل المتصل: عشرة دراهم)؛ لما روي أنّ عمر بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق، وجعل حذيفة عليه مشرفاً، فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب، ووضع على ذلك ما ذكرناه بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم؛ لأن المؤن متفاوتة، فالكرم أخفها مؤنة، والمزارع أكثرها مؤنة، والرطبة بينهما، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها.

(ولما سواه كزعفران وبستان) - أي: كلّ أرض يحيطها حائط وفيها نخيل متفرقة ويمكن زراعة ما بينهما - **(ما يطيق)**؛ لأنه ليس فيه توظيف عمر، وقد اعتبر الطاقة في الموظف.. فنعتبرها فيما لا توظيف فيه أيضاً.

ونهاية الطّاقة: أن يبلغ الواجب نصف الخارج، ولا يزاد عليه؛ لأن التنصيف عين الإنصاف على ما أشار إليه بقوله: **(ونصف الخارج غاية الطاقة)**، ولا شيء في الأشجار التي على المسنّاة، على ما في «قاضي خان» و «الخلاصة».

وَإِنْ لَم تطق مَا وُظِّفَ.. نقصَ وَلَا يُزَادُ وَإِن أطاقَت عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَلَا خراجَ إِنِ انْقَطعَ عَنْ أرضِهِ المَاءُ أَو غُلِبَ عَلَيْهَا ....

(وإن لم تطق) الأرض (ما وظف) الإمام [٧٠٧/ب] عليها بأن كان ما وظف خمسة دراهم والخارج لا يبلغ عشر دراهم (.. نقص) عما وظفه الإمام، حتى يكون الخراج مثل نصف الخارج؛ لقول عمر حين جاء عثمان بن حنيف وحذيفة من سواد العراق: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا: لا، بل حملناها ما تطيق، ولو زدنا لأطاقت.

ولا فرق في جواز التنقيص بين الأرضين التي وظفهما عمر، ثم نقص نزلها وضعفت طاقة الأرض، وبين الأرض التي وظفها إمام آخر بعد عمر على ما في «فتح القدير».

(ولا يزاد) على ما وظفه عمر (وإن أطاقت) الأرض تلك الزيادة (عند أبي يوسف) وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن خراج الوظيفة مقدر شرعاً على ما تقدم، واتّباع الصّحابة في المقدّرات الشرعيّة واجب، وإلّا.. لم يبق لتقدير الشرع فائدة؛ لأن النقصان جائز بالاتّفاق، فلو جاز الزيادة أيضاً.. لم يبق لتقدير معيّن فائدة.

(خلافاً لمحمّد)، وهو قول مالك والشافعي، ورواية عن أبي يوسف، قالوا: يجوز الزيادة أيضاً عند طاقة الأرض؛ لأنه إنشاء حكم جديد باجتهاد، وليس فيه نقض حكم قبله، وهذا بناء على أنّ وضع المسألة فيما إذا فتح الإمام بلدة وأراد أن يوظف.. ابتدأ على أرضها بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر على سواد العراق، وإلّا.. فالزيادة على ما وظفه عمر أو على ما وظفه قبله.. لا يجوز بالاتفاق؛ لأن الإمام الذي قبله إنما وظفه باجتهاده، فلا ينقض باجتهاد مثله.

(ولا خراج إن انقطع عن أرضه الماء أو غلب [عليها])؛ لأنه فات التمكن في الزراعة، وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج الموظف وعدم المقاسمة، وهذه

أَو أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ.

وَيجبُ إِن عطَّلها مَالِكُهَا.

الحالة علم منه بطريق الأولى.

(أو أصاب الزرع آفة) لفوات النماء التقديري في بعض السنة، وكونه نامياً في جميع السنة: شرط؛ كما في الزكاة؛ فإن من اشترى جارية للتّجارة، فمضى عليها ستة أشهر، ثم نواها للخدمة.. سقط الزكاة؛ لأنها لم تبق نامية في جميع الحول، ولأن النماء التقديري إنما يعتبر قائماً مقام الحقيقي؛ فإذا وجد الحقيقي.. تعلّق الحكم به؛ لكونه الأصل، وسقط التقديري عن الاعتبار؛ فإذا هلك الأصل الذي تعلق الحكم به بآفة.. هلك معه الخراج وهو الحكم.

وقال أكثر مشايخنا: سقوط الخراج بإصابة الزرع آفة فيما إذا لم يبق من السنة مقدار ما يتمكن من الزراعة ثانياً [٧٠٨/أ] في تلك السنة، وأما إذا بقي من المدّة قدر ذلك.. فلا يسقط؛ لأنه عطّلها.

ثم هذا فيما إذا هلك الكلّ؛ فإن هلك الأكثر وبقي البعض:

فإن كان ما بقي قدر ما يبلغ قفيزين ودرهمين.. يجب قفيز ودرهم، ولا يسقط الخراج.

وإن بقي أقل من ذلك.. يجب نصف الخارج.

ثم هذا في الآفة السماوية التي لا يتمكن الاحتراز عنه كالإحراق بالنار أو البرد الشديد أو الغرق، وإن كان يمكنه الاحتراز عنها كأكل الدواب ونحوه.. لا يسقط أيضاً.

وقيل: يسقط مطلقاً.

والأصح: هو الأول.

(ويجب) - أي: الخراج الموظف؛ إذ المقاسمة لا تجب بتعطيل مالكها؛ لتعلّقها بعين الخارج لا بتمكنها - (إن عطلها مالكها) لثبوت النماء التقديري

وَلَا يتَغَيَّرُ إِن أَسلمَ أَوِ اشْتَرَاهَا مُسلمٌ.
وَلَا عُشرَ فِي خَارِجِ أَرضِ الْخراجِ.

بالتمكن على الزراعة، وأما إذا لم يتمكن عليها؛ لعدم قوّته وأسبابه وآلاته.. فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة، ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي، أو يؤاجرها ويأخذ الخراج من الأجرة، أو يزرعها بنفقة من بيت المال، فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض.

وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك.. باعها وأخذ من ثمنها الخراج، ويدفع باقي الثمن لمالكها، ثم يأخذ الخراج من المشتري، وهذا أحد قسمي أرض المملكة على ما ذكرناه في أوّل الباب.

وقالوا: من انتقل إلى أخسّ الأمرين من غير عذر.. فعليه خراج الأعلى؛ لأنه هو الذي ضيع الزيادة فكان معطلاً؛ مثل كون الأرض صالحة لزراعة الزعفران فزرع الشعير.. فيؤخذ خراج الزعفران، ولكن الفتوى على خلاف ذلك؛ كيلا تجترئ الظلمة على أخذ أموال المسلمين.

(**ولا يتغير**) الخراج (**إن أسلم**) صاحب الأرض الخراجية؛ لأن الإسلام لا ينافي الخراج في البقاء؛ لأنه مؤنة الأرض، فيعتبر كذلك في حال البقاء.

(**أو اشتراها**) أي: الأرض الخراجية (**مسلم**)؛ لما ذكرناه.

(**ولا عشر في خارج أرض الخراج**)، وقال مالك والشافعي: يجمع بينهما؛ لأنهما حقان مختلفان ذاتاً ومحلاً وسبباً ومصرفاً؛ لأن الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة، والعشر مؤنة فيها معنى العبادة، ومحل الخراج الذمة، ومحل العشر الخارج، وسبب العشر الأرض النامية تحقيقاً، وسبب الخراج الأرض النامية تقديراً، ومصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة، وقد تحقق سبب كلّ منهما، ولا منافاة بينهما.. فيجبان معاً.

ولنا: ما رواه أبو حنيفة عن حمّاد [٧٠٨/ب] عن إبراهيم عن علقمة قال: قال النبي ﷺ: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»، ولأن أحداً من أئمة العدل

وَلَا يتَكَـرَّرُ خـراجُ الْوَظِيفَـةِ بِتَكَـرُّرِ الْخَـارِجِ، بِخِـلَافِ الْعُشْـرِ وخـراجِ الْمُقَاسَمَةِ.

والجور لم يجمع بينهما، ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحده، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النّامية، إلّا أنّه يعتبر في العشر تحقيقاً، وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض، والإضافة أمارة السببية، فعلى هذا: لو اشترى مسلم أرضاً خراجيّة من ذمّي.. فعليه الخراج الموظف لا المقاسمة؛ لأنها في حكم العشر.

(**ولا يتكرر خراج الوظيفة بتكرر الخارج**) في سنة؛ لأن عمر لم يوظّفه مكرّراً بتكرر الخارج.

(**بخلاف العشر وخراج المقاسمة**)؛ لأنهما يتعلقان بنفس الخارج، فيتكرّران بتكرّره .

* * *

(فَصْلٌ فِي الجِزْيَةِ)

إِذَا وُضِعَت بتراضٍ وصُلْحٍ.. لَا تَتغيَّرُ، ....

(فَصْلٌ في الجِزْيَة)

لما فرغ من ذكر خراج الأرض بنوعيه.. شرع في بيان خراج الرؤوس وهو الجزية، اسم لما يؤخذ من رؤوس أهل الذمة عوضاً عن ترك قتلهم واسترقاقهم، وهو على نوعين:

أحدهما: جزية توضع بالتراضي والصلح عليها، فتتقدر بحسب ما عليه اتفاق الطرفين، فلا يزاد عليه تحرّزاً عن الغدر.

والثاني: جزية يبتدئ الإمام بتوظيفها إذا غلب على الكفار، ففتح بلادهم، وأقرّهم على أملاكهم، فهذه مقدرة بقدر معلوم؛ شاؤا أو أبوا؛ رضوا أولم يرضوا.

فأشار إلى **النوع الأول** بقوله: (**إذا وضعت بتراض وصلح.. لا تتغير**)؛ لأن الموجب هو التراضي والاتفاق، فلا يجوز التعدي إلى ما عليه الاتفاق؛ تحرزاً عن الغدر، وأصل هذا: صلح رسول الله ﷺ أهل نجران - وهم قوم نصارى بقرب اليمن - على ألفي حلة في العام على ما رواه أبو داود عن عبد الله بن عبّاس قال: صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة، النصف في صفر، والنصف في رجب.

وصالح عمر نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كلّ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب.. فلزم ذلك، وتقدم في الزكاة.

وفي «فتح القدير»: قال أبو يوسف في كتاب «الخراج» وأبو عبيد في كتاب «الأموال» في كتاب النبي ﷺ إلى أهل نجران بعد أن قال: على ألفي حلة كلّ حلة أوقية - يعني: قيمتها أوقية - فقول الولواجي: كلّ حلة خمسون درهماً.. ليس بصحيح؛ لأن الأوقية أربعون درهماً، ثم قال والحلة ثوبان إزار ورداء، وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ [٧٠٩/أ] من رؤوسهم وأراضيهم.

قال أبو يوسف: ألفا حلة على أراضيهم وعلى جزية رؤوسهم، تقسم على

وَإِن فُتِحت بَلْدَةٌ عَنْوَةً وَأُقِرَّ أَهلُهَا عَلَيْهَا.. تُوضَعُ على الظَّاهِرِ؛ الْغَنِيُّ فِي السّنةِ: ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ درهماً، وعَلى الْمُتَوَسّطِ: نصفُهَا، وعَلى الْفَقِير الْقَادِرِ على الْكَسْبِ: ربعُهَا.

رؤوس الرجال الذين لم يسلموا، وعلى كلّ أرض من أراضي نجران وإن كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمي أو تغلبي، والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيهم.

وأما جزية رؤوسهم.. فليس على النساء والصبيان. انتهى. كذا نقله في «فتح القدير» ردّاً على صاحب «الهداية».

يعني: إن ما وقع عليه الصلح يؤخذ؛ سواء باع بعضهم أرضه أو لم يبع، ثم إذا باع أرضه.. يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله، ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم، وعشران من التغلبي المشتري، وأما قول صاحب «الهداية»: أنه ﷺ صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة.. فغير صحيح على ما ترى.

ثم شرع في بيان النوع الثاني فقال: (**وإن فتحت بلدة عنوة وأقر أهلها عليها.. توضع على الظاهر؛ الغني في السنة: ثمانية وأربعون درهماً، وعلى المتوسّط: نصفها، وعلى الفقير القادر على الكسب**) وإن لم يحسن في حرفته: (**ربعها**) أي: اثني عشر درهماً، في كلّ شهر: درهم.

وقال الشافعي: نضع على كلّ حالم ديناراً أو عدله؛ غنياً أو فقيراً؛ لإطلاق قوله ﷺ لمعاذ: «خذ من كلّ حالم أو حالمة ديناراً أو عدله معافير»، ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل، ويستوي فيه الفقير والغني.

قلنا: مذهبنا ثابت بإجماع الصحابة، ولأنه وجب نصرة للمقاتلة، فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض، وما رواه الشافعي: محمول على أنه كان ذلك صلحاً، ولهذا أمره بالأخذ من الحالمة مع أنه لا تؤخذ منها الجزية.

وقال فخر الإسلام: من ملك ما دون المأتين أو لا يملك شيئاً، لكنه معتمل..

وتوضع على كتابيٍّ ومجوسيٍّ ووثنيٍّ عجميٍّ، لَا على عَرَبِيٍّ.

وَلَا على مُرْتَدٍّ، فَلَا يُقبَلُ مِنْهُمَا إِلَّا الْإِسْلَامُ أَو السَّيْفُ، وتُستَرَقُّ أُنثاهما وطِفلُهما.

وَلَا جِزْيَةَ على: صبيٍّ، وَامْرَأَةٍ، ....

فعليه اثني عشر، ومن ملك مائتي درهم فصاعداً إلى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضاً.. فعليه ثمانية وأربعون.

ومنه علم المراد بالغني والمتوسط والفقير وإن لم يذكر في ظاهر الرواية حدودها، وهو الذي اختاره في «شرح الطحاوي» أيضاً.

وإنما شرط المعتمل؛ لأن الجزية عقوبة، فإنما تجب على من كان من أهل القتال.

(**وتوضع**) الجزية (**على كتابي**) يهودي أو نصراني أو صابئي؛ فإنه أخذ الدين من التوراة والإنجيل عند بعض، ومن التوراة والزبور عند آخرين، خلافاً لهما في الصائبين؛ لعدم كونهم من أهل الكتاب عندهما.

(**ومجوسي**)؛ لأنه في حكم أهل الكتاب، إلا في النكاح وأكل الذبيحة، والأصل [٧٠٩/ب] ههنا: قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ﴾، وأنه ﷺ وضع الجزية على المجوسي.

(**ووثني عجمي لا عربي**)؛ لتغلّظ كفرهم؛ لأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم، فالمعجزة في حقّهم أظهر.

(**ولا على مرتد**)؛ لأنه قد كفر بعدما هدي للإسلام، ووقف على محاسنه.

(**فلا يقبل منهما: إلّا الإسلام أو السّيف**) زيادة عليهم في العقوبة؛ لما ذكرناه.

(**وتسترق أنثاهما وطفلهما**)؛ لأن أبا بكر استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين.

(**ولا جزية على صبي وامرأة**)؛ لأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقّهم، أو عن

ومملـوكٍ، ومكاتـبٍ، وَمُـدَبّر وَشَـيخٍ كَبِيرٍ، وزَمِنٍ، وأَعمـى، ومُقعَـدٍ، وفقيـرٍ لَا يكْتَسبُ، وراهبٍ لَا يُخالطُ.

وَتجبُ فِي أوَّلِ الْحولِ، . وَيُؤْخَذُ قسطُ كلِّ شهرٍ فِيهِ.

القتال في حقّنا، وهم لا يقتلان ولا يقاتلان؛ لعدم الأهلية، وكذا المجنون والمعتوه.

(**ومملوك ومكاتب ومدبّر**) وأمّ ولد؛ لما ذكرنا من أنها بدل عن القتل في حقهم، وعن القتال في حقنا، وعلى اعتبار الأوّل: تجب؛ لأن المملوك الحربي يقتل، وعلى اعتبار الثاني: لا تجب؛ لأنهم لا يقدرون على القتال، فلا يجب للشك.

(و) لا على (**شيخ كبير وزمن**)؛ من: زَمِنَ الرجل يزمن زمانة، وهو عُدْمُ بعض أعضائه أو تعطيل قواه. كذا في «البحر».

فيدخل فيه مقطوع إحدى اليدين أو الرجلين.

(**وأعمى ومقعد وفقير لا يكتسب**) لما ذكرناه.

(**وراهب لا يخالط**)؛ إذ لا قتل عليه إذا كان لا يخالط الناس، فلا يجب البدل عليه.

وعن محمد عن أبي حنيفة: أنه يوضع على الرّهبان الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل، قيل: وهو قول أبي يوسف.

(**وتجب**) الجزية (**في أول الحول**)؛ لأنها وجبت للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد، ولأن المعوض قد سلم لهم، فوجب أن يستحق العوض عليهم كالثمن.

وفي «الاختيار»: ولو أدرك الصبي، وأفاق المجنون، وعتق العبد، وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية.. وضع عليهم، وبعد وضع الجزية.. لا توضع عليهم؛ لأن المعتبر أهليتهم دون الوضع، ولم يكونوا أهلاً وقت الوضع.

بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع؛ حيث توضع عليه الجزية؛ لأن الفقير أهل للجزية، وإنما سقطت عنه للعجز، وقد زال.

(**ويؤخذ قسط كل شهر فيه**) تخفيفاً عليهم.

وَتسقطُ بِالْإِسْلَامِ أَوِ الْمَوْتِ.

وتتداخلُ بالتكرُّرِ، خلافاً لَهما.

(**وتسقط**) الجزية (**بالإسلام**) ولو بعد تمام السنة؛ لقوله ﷺ «ليس على مسلم جزية» ولأنها وجبت عقوبة على الكفر، وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام (**أو الموت**) ولو بعد تمام السنة؛ لأنها إنما شرعت لدفع شرهم، وقد اندفع بالموت.

وكذا تسقط لو مرض الذمي جميع السنة أو أكثرها أو نصفها؛ لعجزه كذا [٧١٠/أ] في «الاختيار».

(**وتتداخل بالتكرر**) عند أبي حنيفة، لفظ القدوري ههنا: وإن اجتمع عليه حولان.. تداخلت.

ولفظ «الجامع الصغير» هكذا: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى.. لم يؤخذ منه خراج رأسه.

وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمّد: يؤخذ؛ فإن مات عند تمام السنة أو بعضها.. لم يؤخذ منه في قولهم.

وقيل: خراج الأرض على هذا الخلاف؛ فإذا مضت سنون.. لم يؤخذ منه خراج عنده، وعندهما: يؤخذ منه ما مضى.

وقيل: لا تداخل فيه فيؤخذ ما مضى بالاتفاق، واختاره المصنف على ما سيأتي.

(**خلافاً لهما**) قالا: لا يتكرر؛ لأن الخراج وجب عوضاً، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها.. تستوفى ولا تتداخل، وقد أمكن فيما نحن فيه الاستيفاء بعد توالي السنين؛ لأنه ما دام كافراً.. أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والإذلال له، بخلاف ما إذا اسلم؛ لأنه تعذّر استيفاؤه؛ لأن المسلم لا يجب إذلاله، بل يجب توقيره.

بِخِلَافِ خراجِ الأَرْضِ.

وَلَا يجوزُ إِحْدَاثُ بِيعَةٍ أَو كَنِيسَةٍ أَو صومعةٍ فِي دَارِنَا.

ولأبي حنيفة: أنها وجبت عقوبة على إصرارهم على الكفر، والعقوبات إذا اجتمعت.. تداخلت كالحدود.

(بخلاف خراج الأرض)؛ لأن خراج الأرض عقوبة في الابتداء مؤنة في البقاء، حتى لو اشترى مسلم أرضاً خراجيّة.. يجب عليه الخراج على ما تقدّم، بخلاف الجزية؛ لأنها عقوبة في الحالين، فتتداخل.

وقيل: خراج الأرض على الخلاف المذكور أيضاً على ما ذكرناه.

(ولا يجوز إحداث بيعة) هو متعبّد النصارى، (أو كنيسة) متعبّد اليهود، (أو صومعة) أي: التي يختلون فيها للعبادة بمنزلة البيعة (في دارنا)؛ لقوله ﷺ: «لا خصاء في الإسلام، ولا كنيسة».

قال في «البحر» نقلاً عن «النيابة»: أمصار المسلمين ثلاثة:

أحدها: ما مصّره المسلمون منها كالكوفة والبصرة والبغداد، فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة، ولا مجتمع لصلاتهم، ولا صومعة بإجماع العلماء، ويتمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس.

وثانيها: ما فتحه المسلمون عنوة، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالإجماع أيضاً.

وثالثها: ما فتح صلحاً؛ فإن صالحهم على أن الأرض لهم، ولنا الخراج.. جاز، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدّون الجزية.. فالحكم في الكنائس على ما وقع عليه الصّلح؛ فإن صالحهم على شرط تمكين الإحداث.. لا يمنعهم، والأولى: أن لا يصالح عليه [٧١٠/ب]، وإن وقع الصلح مطلقاً.. لا يجوز الإحداث، ولا يتعرض للقديمة. انتهى.

والحاصل: أنّهم يمنعون عن الإحداث مطلقاً، إلا إذا وقع الصلح على الإحداث أو على أن الأرض لهم ولنا الخراج. انتهى ما في «البحر».

وتُعادُ المنهدمةُ مِن غيرِ نَقلٍ.

(وتعاد المنهدمة من غير نقل) من موضعها الأصلي؛ لأن الأبنية لا تبقى دائماً، ولما أقرهم الإمام.. فقد عهد إليهم الإعادة، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها حذراً عن الإحداث.

وقيل: هذا المنع في الأمصار دون القرى؛ لأن الأمصار هي التي يقام فيها الشعائر، فلا نعارض بإظهار ما يخالفها، بخلاف القرى.

وقيل: يمنعون من ذلك في القرى أيضاً؛ لأن فيها بعض الشعائر.

وفي «البحر» نقلاً عن «المحيط»: لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم.. لا يمنعون، قال: وبقاء المنهدمة، وهل تعاد المهدودة؟

ذكر في أواخر «الأشباه»: أنها لا تعاد بالإجماع؛ حيث قال: نقل الإمام السبكي الإجماع: على أن الكنيسة إذا هدمت ولو بغير وجه.. لا يجوز إعادتها. ذكره السيوطي في «حسن المحاضرة».

قلت: يستنبط من ذلك: أنها إذا غلقت ولو بغير وجه.. لا تفتح؛ كما وقع ذلك في عصرنا في كنيسة نجادة ذويلة، فقفلها الشيخ محمد بن إلياس قاضي القضاة، فلم تفتح إلى الآن حتى ورد الأمر السلطاني بفتحها، فلم يتجاسر حاكم على فتحها، ولا ينافي ما نقله السبكي من الإجماع: قول أصحابنا وتعاد المنهدمة؛ لأن الكلام فيما هدمه الإمام لا فيما انهدم. انتهى كلام «الأشباه» بعبارته.

وهل يجوز تخريب ما زادوا في البناء والعمارة كمّاً أو كيفاً؟

ففي «الحاوي القدسي»: إذا انهدمت الكنيسة القديمة لذوي الصلح.. أو عادوها باللبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك، ولا يزيدون عليه، ولا يشيدونها بالحجر.

وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بنى منها فوق ما كان في القديم.. خربها، وكذا ما زاد في عمارة العتيق. انتهى.

ويُميَّزُ الذِّمِّيُّ فِي زِيِّهِ ومَركبِهِ وسَرجِهِ، وَلَا يركبُ خيلاً، وَلَا يعْمل بسلاحٍ، وَيُظْهِرُ الكِستيجَ، ويركبُ سَرجاً كالإكافِ.

والأَحقُّ: أَن لَا يُترَكَ أَن يركبَ إِلَّا لضَرُورَةٍ، وحينئذٍ ينزلُ فِي المجامعِ، وَلَا يلبسَ مَا يخصُّ أهلَ الْعلمِ والزُّهدِ والشرفِ.

وتميَّزُ أُنْثَاهُ فِي الطَّرِيقِ وَالْحمَّامِ.

وَيُجْعَلُ على دَارِهِ عَلامَةٌ كَيْلا يُسْتَغْفرَ لَهُ.

وَلَا يُبْدَأُ بِسَلامٍ. ويُضَّيقُ عَلَيْهِ ....

(**ويميّز الذمي في زيّه ومركبه وسرجه، ولا يركب خيلاً، ولا يعمل**) أي: لا يحمل (**بسلاح**) إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين، ولأن الذمي يهان عليه، فلو لم يكن علامة مميزة.. فلعلّه يعامل معاملة المسلمين، وذلك لا يجوز، والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصّوف يشدّه على وسطه، وهو المراد بقوله: (**ويظهر الكستيج**) وهو [٧١١/آ] غير الزنار؛ لأنه من الإبريسم.

(**ويركب سرجاً كالإكاف. والأحق: أن لا يترك أن يركب**) مركباً (**إلّا لضرورة، وحينئذ ينزل من المجامع**) للمسلمين.

(**ولا يلبس ما يخص أهل العلم والزهد والشرف**)؛ إكراماً لهم وإهانة عليهم.

(**وتميز أنثاه في الطريق والحمام**) بأن يجعلن إزارهنّ مخالفة لإزار المسلمات كذا في «الاختيار» و«القهستاني».

وهذا يدلّ على جواز دخولهن الحمام على نساء المسلمين، لكن لا بد من عدم كشف العورة.

ويخالفه ما في «صرّة الفتاوى» نقلاً عن «السراج الوهّاج»؛ حيث قال: لا يحلّ للمرأة المسلمة أن تنكشف بين يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو مشركة. انتهى.

فإنه يدلّ على عدم جواز انكشاف نساء المسلمين عند الذمية مطلقاً.

(**ويجعل على داره علامة كيلا يستغفر له، ولا يُبدأ بالسّلام، ويُضَيَّقُ عليه**

الطَّرِيقِ.

وَيُؤَدِّي الْجِزْيَةَ قَائِماً، والآخذُ قَاعِداً.

وَيُؤْخَذُ بتلبيبِهِ ويَهزُّهُ، وَيُقَالُ لَهُ: أَدِّ الْجِزْيَةَ يَا ذمِّيٍّ، أَو يَا عَدوَّ اللهِ.

وَلَا يُنقضُ عَهدُهُ بالإباءِ عَنِ الْجِزْيَةِ أَو بزِناهُ بِمسلمَةٍ وَقَتلِهِ مُسلماً وسبِّهِ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم.

الطريق، ويؤدي الجزية قائماً والآخذ قاعداً، ويؤخذ بتلبيبه)، وفي «المصباح»: ولبة البعير: موضع نحره، واللبب - بفتحتين من سيور السرج -: ما يقع على اللبة، ولببته تلبيباً: أخذت من ثيابه ما يقع على موضع اللبب انتهى.

أي: أحد ما يقع من ثوبه على صدره، وفيه صغار له.

(**ويهزّه**) أي: يحرّكه، وفي «المغرب»: الهز: التحريك.

(**ويقال له: أدِّ الجزية يا ذمي، أو يا عدّو الله**) كلّ ذلك إظهاراً للصغار عليه.

(**ولا ينقض عهده بالإباء عن أداء الجزية أو بزناه بمسلمة وقتله مسلماً وسبّه النبي ﷺ**)؛ لأن الغاية التي تنتهي بها القتال: التزام الجزية لا أداؤها، وهذه الأمور لا تنافي الالتزام، حتى لو امتنع عن القبول والالتزام.. ينقض عهده، فيباح دمه.

وقال الشافعي: ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الإسلام.

ولا ينقضه بزنا مسلمة، أو أن يصيبها بنكاح، أو أن يفتن مسلماً عن دينه، أو يقطع الطريق، أو يدل على عورات المسلمين، أو يقتل مسلماً، وهو قول مالك وأحمد أيضاً.

إلا أن مالكاً قال: ينقض بإكراه المسلمة على الزنا، وسبّه ﷺ، وبذكره تعالى بما لا ينبغي، فإنه: يقبل به إن لم يسلم.

ووافقه الشافعي وأحمد في قول، وللشافعي قول آخر فيما إذا ذكره تعالى بما لا ينبغي، وفيما إذا سبّ النبي ﷺ وهو: أنه لا ينقض عهده كما قلنا، ووجه قوله: «أنه ينقض بذلك» أنه ينقض إيمانه بذلك لو كان مسلماً، فينقض به أمانه؛ لأن عقد

الذمة خلف عن الإيمان في إفادة الأمان [٧١١/ب] فما انتقض به الأصل.. ينتقض به الخلف بالطريق الأولى.

وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر: أنّ رجلاً قال له: سمعت راهباً سبّ رسول الله ﷺ، فقال: لو سمعته لقتلته، إنا لم نعطهم العهد على هذا.

ولنا - وهو قول آخر للشافعي -: أن سبّ الأنبياء كفر من الذمي كما هو ردّة منّا، والكفر المقارن لعهد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء، فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق أولى.

وحديث ابن عمر ضعفه جماعة من الثقات، ويجوز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبّ النبي ﷺ؛ فإذا أظهروا.. جاز قتلهم؛ لعدم الوفاء بالشرط.

قال في «الذخيرة العقبى»: الذمي إذا صرّح سبّ النبي ﷺ، أو عرض، أو استخف بقدره، أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به.. فلا خلاف عند الشافعي في قتله إن لم يسلم؛ لأنه لم يعط له الذمة أو العهد على هذا، وهو قول عامة العلماء، إلا أبا حنيفة والثوري وأتباعهما من أهل الكوفة فإنهم قالوا: لا يقتل؛ لأن ما هو عليه من الشرك أعظم، ولكن يعزّر ويؤدّب.

وقيل: لا يُسقط إسلامُ الذمي الساب قتلَه؛ لأنه حقّ النبي، وجب عليه لهتكه حرمته، وقصده إلحاق النقيصة والمعرّة به ﷺ، فلم يكن رجوعه إلى الإسلام مسقطاً له، كما لم يسقط سائر حقوق العباد من قبل إسلامه من قتل أو قذف، وإذا كنا لا نقبل توبة المسلم.. فلأن لا نقبل توبة الكافر: أولى. انتهى.

وقال في «الحاوي القدسي»: ويؤدّب الذمي ويعاقب على شتم دين الإسلام أو النبي ﷺ أو القرآن. انتهى.

وقال ابن الهمام: الذمي إذا أظهر سبّه النبي ﷺ.. يقتل، وإن لم يظهر، ولكن عثر عليه وهو يكتمه.. فلا انتهى.

بَلْ باللحاقِ بدارِ الْحَرْبِ، أَوِ الْغَلَبَةِ على مَوضِعٍ لمحاربتِنا، ....

قال أبو الميامن: المشهور في أكثر كتب الحنفيّة عدم قتل الكافر بسب النبي ﷺ، لكن الفتوى: على أنه يقتل كما في «نوادر رستم» و«نوادر معلّى» و«المحيط». انتهى.

قلت: وبه أفتى بعض مشايخ الإسلام، وبه أفتيت أيضاً، هذا في سب الذمي.

وأما لو سب النبي ﷺ واحد من المسلمين، ولو سكراناً.. فإنه يقتل حداً بالقتل والصلب حيّاً، ولا توبة له أصلاً؛ سواء بعد القدرة عليه والشهادة على سبّه، أو جاء نائباً من قبل نفسه كالزنديق؛ لأنه حدّ وجب، فلا يسقط بالتوبة.

ولا يتصور فيه خلاف لأحد؛ لأنه حق تعلّق به حق العبد، فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوق الآدميين، وكحدّ القذف لا يزول [٧١٢/أ] بالتوبة، بخلاف ما إذا سبّ الله تعالى ثم تاب؛ لأنه حق الله تعالى، ولأن النبي ﷺ بشر، والبشر جنس يلحقهم معرّة إلّا من أكرمه الله تعالى، والباري منزّه عن جميع المعايب.

وبخلاف الارتداد؛ لأنه معنى يتفرد به المرتد لا حق فيه لغيره من الآدميين.

وقال الخطابي: لا أعلم أحداً من المسلمين اختلف في وجوب قتل من سبّ النبي إذا كان مسلماً. كذا في «البزازية».

(بل) يحكم **(باللحاق بدار الحرب أو الغلبة على موضع من دارنا لمحاربتنا)** فإنهم بكل من هذين الخصلتين صاروا حرباً علينا، وعقد الذمة.. ما كان إلا لدفع شرّ حرابهم، فيعرى عن الفائدة، فلا يبقى مع كلّ من هذين الخصلتين.

ثم إذا تاب.. تقبل توبته، وتعود ذمته، ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده، وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً، ويقسم ماله بين ورثته؛ وكذا في حكم ما حمله من ماله إلى دار الحرب بعد النقض.

ولو ظهر على الدار.. يكون فيئاً لعامة المسلمين؛ كالمرتد إذا لحق بمال.

وَيصيرُ كالمرتدِّ، لَكِن لَو أُسِرَ.. يسترقُّ، وَالْمُرْتَدُّ يُقتَلُ.

وَيُؤْخَذُ مِن بني تغلبَ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ ضعفُ الزَّكَاةِ، لَا مِن صبيانِهِم.

وَتُؤْخَذُ مِن مواليهِمُ الْجِزْيَةَ وَالْخَرَاجَ كموالي قُرَيْشٍ.

ولو لحق بدار الحرب، ثم عاد إلى دار الإسلام، وأخذ من ماله فأدخله في دار الحرب، ثم ظهرنا على الدار.. فالورثة أحق به قبل القسمة مجاناً، وبعد القسمة بالقيمة؛ لأنه صار ملكاً لهم حين أخذه، إلا أنّه بالقسمة تأكّد حق الغانمين فيملكه الورثة بالقيمة بعد القسمة.

(**ويصير كالمرتد**) في الحكم بموته، ويكون ما حمله معه إلى دار الحرب فيئاً حين ظهرنا عليه.

(**لكن لو أسر**) أي: الذمي اللاحق بدار الحرب (.. **يسترق، والمرتد.. يقتل**) لو أصر على ردّته؛ لأنه كفر بعدما هدي للإسلام واطلع على منافعه.

(**ويؤخذ من**) نصارى (**بني تغلب رجالهم ونسائهم ضعف الزكاة**)؛ لأن عمر صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة ولم يخالفه أحد منهم، فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتّى يبلغ أربعين؛ فإذا بلغت أربعين شاة.. ففيه شاتان إلى مائة وعشرين؛ فإذا زادت واحدة.. ففيها أربع من الغنم، وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم.

وكذلك الإبل والبقر.

وكذلك أراضيهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا، يؤخذ منهم الضعف.

(**لا من صبيانهم**)؛ لأن الصلح جرى على الصدقة المضاعفة، والصدقة لا تجب على الصبيان، فكذا المضاعف.

(**وتؤخذ من مواليهم**) أي: معتقيهم (**الجزية**) من رؤوسهم، (**والخراج**) من أراضيهم (**كموالي قريش**) يعني: أن القريشيّ [٧١٢/ب] وإن لم يؤخذ منه الجزية والخراج، لكن يؤخذان من مواليهم.. فكذلك التغلبي.

وَيُصرَفُ الْخراجُ والجزيةُ وَمَا أُخِذَ مِن بني تغلبَ أَو مِن أَرضٍ أُجليَ أَهلُهَا عَنْهَا أَو أَهداهُ أَهلُ الْحَرْبِ أَوَ أُخِذَ مِنْهُم بِلَا قتالٍ: فِي مصَالحِ الْمُسلمينَ؛ كسدِّ الثُّغورِ، وَبِنَاءِ القناطرِ، والجسورِ، وكفايةِ الْعلمَاءِ، والمدرِّسينَ، والمُفتينَ، والقُضاةِ، ....

(ويصرف الخراج) بنوعيه، (والجزية) بنوعيها على ما مرّ.

(وما أخذ من بني تغلب ومن أرض أجلي أهلها عنها) ولم تملك لقوم آخرين من المسلمين حتى تكون عشرية، ولا من الكافرين حتى تكون خراجيّة، بل أمسكها الإمام لبيت المال ودفعها إلى الغير مزارعة أو إجارة على ما مرّ بيانه.

(أو أهداه أهل الحرب) إلى الإمام، (أو أخذ منهم) أي: من أهل الحرب (بلا قتال)، وذلك مال صولح أهل الحرب عليه على ترك القتال قبل نزول عسكرنا بساحتهم؛ لوقوع الرعب في قلوبهم على ما في «الزيلعي».

(في مصالح المسلمين؛ كسدّ الثّغور) أي موضع الخوف.

وفيه إشعار بأنه يصرف على جماعة يحفظون الطريق في دار الإسلام من اللصوص.

(وبناء القناطر والجسور)؛ لأنه مصلحة العامّة.

(وكفاية العلماء)؛ أشار: إلى أنّ نصيبهم من بيت المال مقدار كفايتهم لا أزيد، ثم بيّن المراد من العلماء بقوله: (من المدرسين والمفتين والقضاة). وفي «شرح المنظومة» نقلاً عن المصنف: وكذلك طالب العلم والواعظ الذي يعظ الناس بالحق والذي يعلمهم. انتهى.

وعلّلوها: بأنهم قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين مما يحتاجون إليه من معاشهم ومعادهم، فلو لم يعطوا لهم كفايتهم.. لاحتاجوا إلى الإكساب وتعطّلت مصالحهم بالكلّية وضاع العلم.

فظهر منه: أن من اشتغل بمصالح المسلمين مطلقاً: يدخل في هذا المصرف.

والعُمَّالِ، والمُقَاتِلَةِ، وذَرَارِيهِمِ.
وَمَن مَاتَ فِي نصفِ السَّنَةِ.. حُرِمَ مِنَ الْعَطاءِ.

(**والعمال**) جمع عامل: وهو الذي يبعثه الإمام لأخذ الصدقات والعشور والخراج (**والمقاتلة**).

(**وذراريهم**) أي: أولاد العلماء والعمال والمقاتلة؛ لأن نفقتهم عليهم، فلو لم يعطوا لهم كفايتهم أيضاً.. لتعطّلت مصالحهم لاشتغالهم بإكسابهم.

فإن قيل: إن هؤلاء المذكورين إذا كانوا مصرف الخراج.. فهل يجوز ترك الخراج لصاحب الأرض من واحد من هؤلاء؟

ففي «الفتاوى»: إن السّلطان إذا جعل الخراج لصاحب الأرض وتركه عليه.. جاز عند أبي يوسف إذا كان صاحب الأرض من أهل الخراج؛ كالغزاة والقضاة والعلماء، وعليه الفتوى.

وقال محمد: لا يجوز.

وأجمعوا على أنه لو جعل العشر لصاحب الأرض.. لا يجوز.

وفي «شرح المنظومة»: إذا كان عنده وديعة، فمات المودع بلا وارث.. له أن يصرف الوديعة إلى نفسه في [٧١٣/أ] زماننا هذا؛ لأنه لو أعطاها لبيت المال.. لضاع؛ لأنهم لا يصرفون مصارفه؛ فإذا كان من أهله.. صرفه إلى نفسه، وإن لم يكن من المصارف.. صرفه إلى المصرف.

(**ومن مات**) ممّن يقوم بمصالح المسليمن كالقضاة والغزاة والمفتي والمدرسين (**في نصف السنة.. حرم من العطاء**)؛ لأنه نوع صلة، وليس بدين، فلا يملك قبل القبض، فلا يورث، ويسقط بالموت؛ لعدم تأكّده بمجيء وقت المطالبة.

وتقييده بنصف السنة على ما وقع في لفظ «الجامع الصغير»: يشعر بأنه إذا مات آخر السنة.. يعطى لورثته، لكنهم قالوا: لا تجب أيضاً، ولكن يستحب؛ لأنه أوفى تعبه في عمله للمسلمين، فيستحب أن يعطى.

وعلّل شمس الأئمة عدم وجوب إعطائه بعدما تمت السنة أيضاً.. ما تقدم في نصف السنة من كونه صلة، فأفاد أنه لم يتأكد الحقّ بعدما تمت السنة، فلا يملك قبل القبض، فلا يورث، وهذا يقتضي قصر الإرث على حقيقة الملك، وهذا منقوض بسهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام؛ فإنه في دار الحرب لا يورث؛ لعدم تأكده، ويورث بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة؛ لتأكده وإن لم يثبت له ملك على ما تقدّم.

ثم قيل: رزق القاضي ومن في معناه يعطى آخر السنة، ولو أخذ في أولها، ثم مات أو عزل قبل مضيتها.. قيل: يجب ردّ ما بقي، وقيل - على قياس تعجيل المرأة النفقة -: لا يجب.

وقال محمد: أحبّ إلي رد الباقي كما لو عجّل لها نفقة ليتزوّجها فمات قبل التزوج؛ لعدم حصول المقصود.

وعندهما: هو صلة فينقطع حقّ الاسترداد بالموت؛ كالرجوع في الهبة، والعطاء اسم ما ثبت في الديوان باسم كلّ ممن ذكر عن المقاتلة والقضاة والعلماء.

* * *

(بَابُ الْمُرْتَدِّ)

مَنِ ارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ تَعَالَى.. يُعرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ، وَتُكشَفُ شبهتُهُ إِن كَانَت.

فَإِنِ استمهلَ.. حُبِسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَإِن تَابَ، وإِلا.. قُتِلَ.

وتوبتُهُ: بالتبرّي عَن كُلِّ دِينٍ سِوى الْإِسْلَامِ، أَو عَمَّا انْتقل إِلَيْهِ.

(بَابُ المُرْتَدّ)

(**من ارتَدّ - والعياذ بالله تعالى - يعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته إن كانت**) أي إن وجدت الشبهة.

قالوا: عرض الإسلام عليه ليس بواجب، بل مستحب؛ لبلوغ الدعوة إليه مرة.

(**فإن استمهل.. حبس ثلاثة أيام**)، وقيل: حبس مطلقاً؛ (**فإن تاب**) بعد الحبس.. خلّي سبيله إن لم يرتَدّ بِسَبِّ النبي، وأما إذا ارتد بِسَبِّ النبي.. فإنه لا تقبل توبته أصلاً، بل يقتل كما في «البزازية».

(**وإلا.. قتل**)؛ لما رواه البخاري «من بدّل دينه.. فاقتلوه»، ولأنه استنكف فجوزي بالقتل.

(**وتوبته: بالتبري** [٧١٣/ب] **عن كلّ دين سوى الإسلام، أو عمّا انتقل إليه**).

قيل: هو أن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام، وأنا بريء من كلّ دين غير دين الإسلام.

وقيل: هذا بعد أن يأتي بالشهادتين، والإقرار بالبعث والنشور مستحب، وبه قال مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

وفي «شرح الطحاوي»: سئل أبو يوسف عن الرسل كيف؟ فقال: يقول: أشهد أن لا إله إلّا الله، وأن محمّداً رسول الله، ويقرّ بما جاء به من عند الله، ويتبرّأ من

وَقَتْلُهُ قبلَ الْعرضِ تَرِكُ ندبٍ لَا ضَمَانَ فِيهِ.

الدين الذي انتحله، وإن شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمّدا رسول الله، وقال: ولم أدخل في هذا الدّين قط وأنا بريء منه؛ أي: من الدين الذي ارتد إليه.. فهي توبة:

إسلام النّصراني أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويتبرأ عن النصرانية.

واليهودي: كذلك يتبرّأ من اليهودية.

وكذا في كلّ ملة.

وأما بمجرّد الشهادتين.. فلا يكون مسلماً؛ لأنهم يقولون بذلك، غير أنهم يدّعون خصوص الرسالة إلى العرب.

(**وقتله قبل العرض**) أي عرض الإسلام (**ترك ندب**)؛ لما ذكرناه: أن العرض ليس بواجب، بل مستحب، وترك المستحب مكروه كراهة تنزيه.

وعند من يقول: إنّ العرض واجب.. فإن قلته قبل العرض كراهة تحريم عنده.

قيل: لو فعل ذلك - أي القتل قبل العرض - بغير إذن الإمام.. أُدِّب.

(**لا ضمان فيه**)؛ أي على قاتله؛ سواء كان العرض مستحباً أو واجباً؛ لأن الكفر مبيح، وكلّ جناية على المرتد هدر.

اعلم: أنّ أصحابنا أجمعوا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة من أي جانب كان بلا حاجة إلى حكم القاضي بالفرقة.

وقال الشافعي: لا تقع الفرقة إلّا بقضاء القاضي:

وردة الرجل تبطل عصمة نفسه، حتى لو قتله قاتل بغير إذن الحاكم عمداً أو خطأً، أو بغير أمر السلطان، أو أتلف عضواً من أعضائه.. لا شيء عليه.

بخلاف ردّة المرأة؛ حيث لا تبطل عصمة نفسها، حتى لا تقتل؛ كذا في «قاضي خان» وغيره.

وَيَزُولُ مِلكُهُ عَن مَالِهِ مَوْقُوفاً؛ فَإِن أَسلَمَ.. عَادَ، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ أَو لَحِقَ بدارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِهِ.. عَتَقَ مُدَبَّروهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ، وحلَّت دُيُونُهُ وَكسبُ إِسْلَامِهِ: لوَارِثِهِ الْمُسلِمِ، وَكسبُ رِدَّتِهِ: فَيْءٌ.

(**ويزول ملكه عن ماله موقوفاً؛ فإن أسلم.. عاد**) إلى ملكه، قالوا: هذا عند أبي حنيفة ومالك، وهو قول للشافعي.

وقال أبو يوسف ومحمد - وهو قول آخر للشافعي -: لا يزول ملكه؛ لأنه مكلّف محتاج، ولا يتمكن من إقامة التكليف إلّا بماله، وأثر الردة في إباحة دمه، لا في زوال ملكه؛ فإن لم يقتل.. يبقى ملكه، وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص [٧١٤/أ] لا يزول ملكه ما لم يقتل.

ولأبي حنيفة: أنه كافر حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل، والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال، ولا يكون ذلك إلا بالعصمة، ولكونه حربياً يوجب زوال ملكه ومالكيته باتاً، إلّا أنه مدعوّ إلى الإسلام، ويرجى عوده إليه؛ لأنه كان ممّن دخله وعرف محاسنه وأنس به.. فالغالب على الظن: عوده إلى الإسلام.

فلو قضى في أمره؛ فإن أسلم.. جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم؛ وهو زوال الملك، وصار كأن لم يزل مسلماً، ولم يعمل السبب وهو الكفر.

وإن لم يسلم - بل ثبت منه واحد مما سيأتي ذكره؛ من: الموت، أو القتل على ردّته، واللحوق بدار الحرب - عمل السّبب عمله من وقت وجوده مستنداً.

(**وإن مات أو قتل**) على ردّته، (**أو لحق بدار الحرب وحكم به**)؛ أي باللحاق؛ لأن موته حكمي، فلا بد من حكم القاضي باللحاق ليتأكد موته (**.. عتق مدبّروه وأمّهات أولاده، وحلّت ديونه**) المؤجلة؛ لأن المؤجّل يصير حالاً بموت المديون.

(**وكسب إسلامه: لوارثه المسلم، وكسب رِدَّتِهِ: فَيْء**)، فيوضع في بيت المال، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمّد: كلا الكسبين لورثته.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: كلاهما فيء؛ لأنه مات كافراً، والمسلم لا يرث الكافر بالإجماع، فبقي مال حربي لا أمان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب حتى يكون غنيمة، فيكون فيئاً.

ولهما: إن ملكه في الكسبين بعد الردة باق؛ بناء على ما مرّ من أنه مكلّف محتاج إلى ملكه لإقامة التكليف، فينتقل إلى ورثته بعد موته، ويستند إلى ما قبيل ردّته؛ لأن الردة سبب الموت، فيكون توريث المسلم من المسلم.

ومحمل حديث الشافعي: الكافر الأصلي الذي لم يسبق له إسلام أصلاً، أو نقول: استحقاق المسلمين له بسبب الإسلام، والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجّحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة إلى قرابة ذات جهة؛ كالأخ الشقيق مع الأخ لأب.

ولأبي حنيفة: أن ملكه في كسب إسلامه باق في يده بعد الردة التي هي موت حكمي؛ لوجوده قبلها.. فيستند الإرث إلى ما قبل الردة، فينتقل إلى الورثة بطريق الاستناد إلى ما قبل الردة، وأما كسبه في حال ردّته.. فقد زال عن يده؛ لما مرّ أنه بمجرّد ردّته [٧١٤/ب] زال ملكه عن يده، فما اكتسبه في زمان ردّته المستمرة.. لم يكن مملوكاً له حتى يمكن استناد التوريث فيه إلى ما قبل موته الحكمي - أعني الردة-؛ لأنه إنما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت؛ فإذا لم يكن إرثاً.. يكون فيئاً.

ولا يخفى عليك: أن هذا الاختلاف - أعني الاختلاف بينه وبين صاحبيه في توريث كسب الردة وعدم توريثه - مبني على الاختلاف - المتقدم بينه وبينهما، وهو أن المرتد تزول أملاكه بالرّدة المستمرة عنده، ولا تزول عندهما، حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكم باللحاق.

وإذا كان كذلك.. فما اكتسبه في زمن الردة يكون ملكاً له، ثم إذا تحقق الموت وقلنا بوجوب إرثهم إياه، والفرض أنّ له مالاً مملوكاً.. فلا بد من إرثهم له، وإرثهم يستدعي استناده إلى ما قبيل ردّته، فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجوداً قبلها حكماً؛ لوجود سببه، وهو نفس المرتد وإن كان معدوماً حسّاً.

ثم اعلم: أنّ في وراثة من يرثه ثلاث روايات عن أبي حنيفة:

ففي رواية الحسن بن زياد عنه: إنما يرثه من كان وارثاً له حال ردّته؛ بأن كان حرّاً مسلماً وبقي وارثاً إلى وقت موته أو لحاقه، وهذا لاعتبار الاستناد في الإرث؛ فإن المستند لا بد أن يثبت أولاً، ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الإرث، وهو المسلم الحر، وكذا عند استناده، حتى لو أسلم بعض قرابته، أو ولد من علوق حادث بعد الردة.. لا يرثه على هذه الرواية.

وفي رواية أبي يوسف عنه: أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة فقط، من غير اشتراط بقائه بالصفة إلى الموت، فلا يبطل استحقاق من كان وارثاً عند الردة بعروض موت ذلك الوارث هو ردّته بعد ردّة أبيه، بل إذا مات ذلك الوارث أو ارتد بخلفه وارثه هو وارث الوارث، وإلى هذه الرّواية مال الكرخي.

وفي رواية محمد عنه - وفي «المبسوط»، وهذا أصح -: أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق؛ سواء كان موجوداً وقت الردة أو حدث بعده؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده، ألا ترى أن الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقوداً عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن، إلّا أنّه [٧١٥/أ] غير مضمون، حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحد.. هلك بغير شيء، وبقي الثمن كلّه على البائع.

فلو كان من بحيث يرثه كافراً أو عبداً يوم ارتد، فعتق بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو يسلم.. ورثه، وهو قول أبي يوسف ومحمّد؛ كذا في «فتح القدير».

وَيُقْضى دينُ إِسْلَامِهِ مِن كسبِ إِسْلَامه، وَدينُ رِدَّتِهِ مِن كسبِها.

وقال في «النهاية»: وحاصله: أن على رواية الحسن عنه يشترط الوصفان، وهما: كونه وارثاً وقت الردة، وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة.. فإنهما لا يرثان.

وعلى رواية أبي يوسف: يشترط الوصف الأول دون الثاني.

وعلى رواية محمد: يشترط الوصف الثاني دون الأوّل.

(**ويقضى دين إسلامه من كسب إسلامه، ودين ردته من كسبها**) أي من كسب ردّته، قالوا: هذا رواية عن أبي حنيفة، رواه زفر عنه.

وعلى هذه الرواية: إن فضل من كسب الإسلام عن ديون الإسلام شيء.. ورثه الورثة، وإلا.. لا يورثون شيئاً.

ولو فضل عن ديون ردته شيء من كسب ردّته.. لا يورث كسب الردة عنده.

وله في هذه المسألة روايتان أخريان: روى الحسن بن زياد عنه: أنه يبدأ بكسب الإسلام فيقضى به الدينان جميعاً؛ فإن وفى بهما.. فكسب ردّته فيء لجماعة المسلمين فيوضع لبيت المال، ولا يرث الورثة شيئاً على هذه الرواية، إلا أن يفضل عن كسب الإسلام شيء على الدينين؛ فإن لم يف.. كمل من كسب الردة.

وروى أبو يوسف عنه: عكس هذه الرواية، وهو: أنه يقضى الدينان جميعاً من كسب الردة، فإن وفى بهما.. ورث الورثة كسب الإسلام كله، وإن لم يف.. كمل من كسب الإسلام وورث الورثة ما فضل إن فضل شيء.

وجه الرواية الأولى: وهو التفصيل المذكور في المتن: أن المستحق وهو الدين بالسببين المختلفين أي المداينة في الإسلام والمداينة في الردة مختلف، وحصول كلّ من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين، فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم، وقد يقال في تقديره: إن المستحق بالسببين المختلفين مختلف، والمؤدى من كسب واحد غير مختلف، فالمستحق بالسببين غير

وَيُوقفُ بَيْعُهُ وشراؤُهُ وإِجارتُهُ وهبتُهُ وَرَهنُهُ وعتقُهُ وتدبيرُهُ وكتابتُهُ ووصيتُهُ. فَإِن أَسلَمَ.. صَحَّت، وَإِن مَاتَ أَو قُتِلَ أَو حُكِمَ بلحاقِهِ.. بَطَلَتْ.

مؤدى من كسب واحد، فلا بد من أدائه من كسبين؛ تحقيقاً للاختلاف، ثم يخصّ أداء كلّ دين بالكسب [٧١٥/ب] الحاصل بسبب ذلك الدّين؛ ليكون الغرم بالغنم.

ووجه الرواية الثانية - وهو رواية الحسن -: أن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه، ومن شروط هذه الخلافة: الفراغ عن حقّ المورث، وهو مقدار ما عليه من الدّين، فيقدم الدين مطلقاً، وأما كسب ردّته.. فليس مملوكاً له؛ لبطلان أهلية الملك بالردة عنده؛ على ما مر.. فلا يقضى دينه منه، إلا إن تعذر قضاؤه من محلّ آخر.. فحينئذٍ يقضى منه.

فإن قيل: كيف يقضى منه وهي فيء عنده غير مملوك له، بل لجماعة المسلمين؟

أجيب: بأنه لا بعد في هذا، وله نظير في الشرع؛ فإن الذمي إذا مات ولا وارث له.. يكون ماله لجماعة المسلمين، ومع ذلك إن كان عليه دين يقضى منه أولاً، وما فضل.. يكون للمسلمين، فكذلك ههنا.

ووجه الرواية الثالثة - وهو رواية أبي يوسف -: أن كسب الإسلام حق الورثة، وكسب الردّة خالص حقه، بمعنى: أنه ما تعلق به حق الغير، لا بمعنى أنه ملكه؛ فإنه قد زال ملكه عنه بالردة؛ على ما مر، ولا يلزم من كونه خالص حقّه لدينه ملكاً له، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقّه وليس ملكه، وإذا كان خالص حقّه.. كان قضاء دينه منه أولى، إلا إذا لم يف.. فحينئذٍ يقضى من كسب إسلامه؛ تقديماً لحقه، وهذا على طريقة أبي حنيفة.

وعندهما: يقضى دينه من الكسبين جميعاً؛ لأنهما جميعاً ملكه عندهما؛ على ما سيصرّح به.

(**ويوقف بيعه وشراؤه وإجارته وهبته ورهنه وعتقه وتدبيره وكتابته ووصيته؛ فإن أسلم**) بعد هذه التصرفات (**.. صحت**) أي نفذت، (**وإن مات أو قتل**) على ردته (**أو حكم بلحاقه.. بطلت**) هذه التصرفات كلها عند أبي حنيفة؛ لما ذكرناه: أنه حربي

وَقَالا: لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَن مَالِهِ، وتُقضَى دُيُونُهُ مُطلقاً مِن كِلا كسبَيهِ، وَكِلَاهُمَا لوَارِثِهِ الْمُسلِمِ، وَمُحَمّدٌ اعْتبرَ كَونَهُ وَارِثاً عِنْدَ اللحاقِ، وَأَبُو يُوسُفَ: عِنْدَ الحُكمِ بِهِ.

مقهور تحت أيدينا وقد زال ملكه بالردة.

واعلم: أن تصرّفات المرتد على أربعة أقسام:

نافذ بالاتفاق؛ كالاستيلاد والطلاق.

باطل بالاتفاق؛ كالنكاح والذّبيحة.

موقوف بالاتفاق؛ كالمفاوضة مع المسلم.

ومختلف في توقفه؛ كالتصرفات المعدودة ههنا.. فعنده: كلّها موقوفة، وعندهما: نافذة، وكلّ من هذه الأنواع الأربعة سيأتي في الكتاب مصرّحاً.

ولما ذكر طريقة أبي حنيفة.. شرع في ذكر طريقتيهما، فقال: (**وقالا: لا يزول ملكه عن ماله**)، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «يزول ملكه عن ماله» على ما تقدم.

ووجههما: أنه مكلف محتاج إلى ماله في إقامة التكليف، وقد ذكرناه [٧١٦/أ] فارجع إليه.

(**وتُقضى ديونه مطلقاً**) أي في إسلامه وردّته (**من كلا كسبيه**)، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «ويقضى دين إسلامه من كسب إسلامه ودين ردته من كسبها».

ووجههما فيه: أنهما جميعاً ملكه؛ لعدم زوال ملكه عندهما، حتى يجري الإرث فيهما على ما تقدّم.

(**وكلاهما**) أي كلا كسبيه (**لوارثه المسلم**)، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «وكسب إسلامه لوارثه المسلم»، وقد تقدم وجه الطّرفين.

(**ومحمّد اعتبر كونه وارثاً عند اللحاق**)؛ لأنه هو السبب للتوريث، وإنما القضاء لتأكّد السبب بقطع الاحتمال، (**وأبو يوسف: عند الحكم به**) أي باللحاق؛ لأنه يصير موتاً بالقضاء.

وَتَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ ....

(وتصحّ تصرفاته)، وهذا في مقابلة قول أبي حنيفة: «ويوقف بيعه وشراؤه... إلى آخره».

ووجههما: فيه أن الصحة في هذه المعاملات تعتمد الأهلية، والنفاذ يعتمد الملك، ولا خفاء في وجود الأهلية في المرتد؛ لكونه مخاطباً بالإيمان، وكذا قتله فرع كونه مكلّفاً، ولا خفاء في وجود الملك أيضاً؛ لما مرّ من أنه مكلّف يحتاج إلى ملكه في إقامة التكليف؛ فإذا وجدت الأهلية والملك.. نفذت تصرفاته، إلا أن عند أبي يوسف يصحّ كما يصح من الصحيح من جميع المال؛ لأن الظاهر: عوده إلى الإسلام؛ إذ الشبهة تزاح، فلا تقبل.

وعند محمد: يصح من الثلث كما يصحّ من المريض؛ لأنه على شرف الهلاك؛ كالمريض مرض الموت.

إلا أن أبا يوسف يقول: إن وقع القتل والهلاك عنه بيده.. يعود إلى الإسلام، بخلاف المريض.

ومما يدل على كون ملك المرتد: أنه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة، أو أمة مسلمة بعد الردة لستة أشهر فصاعداً.. ورثه، فلو كان ملكه زائلاً.. لم يرثه هذا الولد، ولو مات ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد ولحاقه.. لا يرثه، فلو لم يكن ملكه قائماً بعد الردة.. لورثه هذا الولد؛ لأنه كان حيّاً وقت ردّة الأب.

ولأبي حنيفة: أن ملكه زال عن يده موقوفاً؛ بناء على أنه حربي مقهور نفسه وماله تحت أيدينا؛ على ما مر، وصحّة هذه التّصرفات ونفاذها يوجب الملك؛ فإن البيع مثلاً: يوجب كونه مالكاً للمبيع؛ لأن بيع ما لا يملك غير صحيح، وكذا صحة الإجارة: يقتضي كونه مالكاً لما أجره؛ فإذا لم يكن له ملك ومالكية.. امتنع إفادة هذه التصرفات أحكامها في الحال؛ فإن أسلم.. أفادته حين وقعت [٧١٦/ب] بطريق الاستناد، وهذا معنى التوقف، فصار المرتد كالحربيّ يدخل دارنا بلا أمان.. فيؤخذ؛ فإن تصرفاته موقوفة لتوقف حاله؛ فإن الإمام مخير بين استرقاقه وقتله ومَنِّه؛ فإن

وَلَا تُوقَفُ غير الْمُفَاوضَةِ، لَكِن كتصرُّفِ الصَّحِيحِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وكتصرُّفِ الْمَرِيضِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

وَيصِحُّ اتِّفَاقاً استيلادُهُ وطلاقُهُ ....

استرق أو قتل.. بطلت تصرفاته، وإن منّ عليه أو أسلم.. نفذت تصرفاته، فكذا المرتد.

ولا نسلّم وجود الأهليّة فيه؛ لأن صحّة هذه التّصرفات تقتضي أهليّة كاملة، وليست بموجودة في المرتدّ؛ كما أنها ليست موجودة في الحربيّ؛ لأن كلّ واحد منهما يستحق القتل لبطلان سبب عصمتهما وهو كونه آدميّاً مسلماً، وذلك يوجب الخلل في الأهلية، فلا تكون كاملة:

فإن قيل: لو كان استحقاق القتل موجباً للخلل في الأهليّة مؤثراً في توقّف التصرفات.. لكانت تصرفات الزاني المحصن الذي يستحق الرجم، وتصرفات قاتل العمد: موقوفة؛ لاستحقاقهما القتل، ولكنها ليست بموقوفة.

أجيب: بأن استحقاق القتل الموجب للخلل في الأهليّة: هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة؛ كما في المرتد والحربيّ، بخلاف الزّاني والقاتل؛ لأن استحقاقهما القتل ليس لبطلان عصمتهما، بل جزاء على الجناية، فبقيت عصمتهما نفساً ومالاً فتنفذ تصرفاتهما لبقاء عصمتهما.

(**ولا توقف**) تصرفاته عندهما (**غير المفاوضة**) بالفاء والضاد المعجمة :

(**لكن**) استدراك من قوله: «وتصح تصرفاته» (**كتصرف الصحيح عند أبي يوسف**)؛ لأن الظاهر عوده إلى الإسلام؛ إذ شبهته قد تزاح، فلا يقتل.

(**وكتصرف المريض عند محمّد**)؛ لأن من انتقل إلى دين باطل على شرف الفوات بالقتل، وإن احتمل عدمه؛ كالمريض على شرف الموت، والمختار: قول أبي يوسف؛ لما ذكرناه من قبل.

(**ويصح اتفاقاً استيلاده وطلاقه**)؛ لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك في الاستيلاد،

وَيبْطل نِكَاحُهُ..

ولا إلى تمام الولاية في الطلاق؛ فإن الاستيلاد يصحّ في جارية الابن، وحق المرتد في ماله أقوى من الأب في جارية ابنه، وكذا تصحّ دعوة المولى ولد أمة مكاتبه، وحق المرتد في ماله أقوى من حق المولى في كسب المكاتب؛ لأن المال موقوف على حكم ملكه، حتى إذا أسلم.. كان له بلا سبب جديد، ولا ملك للأب والمولى فيهما، والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته؛ فإنه لا ولاية له على نفسه.

فإن قيل: إن بالردة تحققت الفرقة، فكيف يقع الطلاق حتى يحكم بصحته؟

أجيب: بأنه لا يلزم من وقوع البينونة [٧١٧/أ] امتناع الطلاق، وقد سبق أن المبانة يلحقها صريح الطّلاق ما دامت في العدة، وصرّح في «المحيط»: بأن الفرقة بالرّدة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطّلاق، مع أنّ الرّدة لا تلزمها الفرقة؛ كما لو ارتدّا معاً.

ومن هذا القبيل؛ أي ما يصحّ منه بالاتفاق: تسليم الشفعة، وقبول الهبة، والحجر على عبده المأذون؛ لأنها لا تبنى على حقيقة الملك.

(ويبطل نكاحه) أي يبطل بمجرد الردة بلا حاجة إلى قضاء القاضي باتفاق أصحابنا.

خلافاً للشافعي: فإن عنده يبطل بقضاء القاضي.

وقال في «قاضي خان»: إن أخبرت المرأة أنّ زوجها قد ارتدّ.. فلها أن تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء العدة؛ في رواية الاستحسان.

وفي رواية «السير»: ليس لها أن تتزوج.

قال شمس الأئمة السّرخسي: الأصح: رواية الاستحسان.

وقال قبله: ارتد مراراً وجدّد الإسلام في كلّ مرة وجدّد النكاح.. على قول أبي حنيفة: تحلّ له امرأته من غير إصابة الزوج الثاني؛ لأن عنده الردة لا تكون طلاقاً، وإباء الزوج عن الإسلام يكون طلاقاً.

وعلى قول أبي يوسف: ردّته وإباؤه لا يكون طلاقا.

وذبيحتُهُ، وتتوقَّفُ مفاوضتُهُ. وترثُهُ امْرَأَتُهُ الْمسلمَةُ إِن مَاتَ أَو قُتِلَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ.

وعند محمّد: كلاهما طلاق.

وردة المرأة وإباؤها لا يكون طلاقاً، وتقع الفرقة عند عامّة العلماء بردّتها، وعند البعض: لا تقع.

(وذبيحته)؛ لأنها تعتمد الملة، ولا ملّة للمرتدّ؛ لأنه غير مقر على ما انتقل إليه من دين سماوي أو غيره؛ كالشّرك.. فهو بمنزلة من لا ملّة له.

(وتتوقف) بالاتفاق **(مفاوضته)** أي مع المسلم؛ لأن المفاوضة تعتمد المساواة بين الشريكين، ولا مساواة بين المسلم والمرتد.. فيتوقف عقد المفاوضة؛ فإن أسلم.. نفذت، وإن مات أو قتل أو قضي بلحاقه.. بطلت بالاتفاق، ولكنّها تصير عناناً عندهما، وعند أبي حنيفة: تبطل أصلاً؛ لأن في العنان وكالة، وهي موقوفة عنده.

(وترثه امرأته المسلمة إن مات أو قتل) على ردّته أو لحق بدار الحرب **(وهي في العدّة)**؛ لأنه يصير فارّا، وإن كان صحيحاً وقت الردة، وهذا؛ لأن الرّدة لما كانت سبب الموت وهي باختياره.. أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت، وهو يوجب الإرث إذا مات وهي في العدّة؛ لأنه فارّ، ولو كان وقت الردة مريضاً.. فلا إشكال في إرثها.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنها ترثه وإن كانت منقضية العدة؛ لأنها كانت وارثة عند ردّته، وبه قال أبو يوسف؛ بناء على ما مر [٧١٧/ب] من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يرثه من كان وارثاً عند الردة فقط، من غير اشتراط بقائه بالصّفة إلى الموت.

فما ذكر في الكتاب: محمول على رواية الحسن عن أبي حنيفة: من أنه إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة وبقي وارثاً إلى موته، وعلى رواية محمد عنه: من

وَإِن عَادَ مُسلِماً بعدَ الحُكمِ بلحاقِهِ.. أَخذَ مَا وَجَدَهُ بَاقِياً فِي يَدِ وَارِثِهِ.
وَلَا ينْقضُ عِتْقُ مدبَّرِهِ وَأُمِّ وَلَدِهِ.
وَإِن عَادَ قبلَهُ.. فَكَأَنَّهُ لم يرْتَدَّ.

أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت فقط؛ على ما مرّ.

ثم في اشتراط قيام العدّة: إشارة إلى أنها مدخول بها، فلا ترثه غير المدخول بها، وهذا؛ لأن بمجرّد الرّدة تبين غير المدخولة لا إلى عدّة، فتصير أجنبيّة.

ثم المراد بالعدة ههنا: هي العدة للردة، وهي بالحيض لا بالأشهر؛ لأنها ليست بموت حقيقة، بل في حكم الموت؛ على ما في «فتح القدير»:

(وإن عاد) المرتد **(مسلماً بعد الحكم بلحاقة.. أخذ ما وجده باقياً في يد وارثه)** نقداً أو عرضاً؛ لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به حين دخل دار الحرب، وإذا عاد مسلماً.. فقد أحياه الله تعالى حياة جديدة فيقدم على الوارث؛ لاحتياجه إلى ماله.

بخلاف ما إذا أزاله الوارث عن ملكه؛ فإنه لا سبيل له إلى ذلك؛ لأنه أزاله وقت كان له سبيل فيه من الإزالة فنفذت.

قال شمس الأئمة الحلواني: لو كانت هذه الحالة بعد موته حقيقة بأن أحياه الله تعالى بإعادة الروح إلى بدنه وأعاده إلى الدنيا.. كان الحكم فيه كذلك؛ أي يأخذ ما وجده في يد وارثه؛ لاحتياجه إليه، لكنه خلاف العادة.

(ولا ينقض عتق مدبّره وأم ولده)؛ لأن القضاء بعتقهم قد صحّ بدليل مصحّح له - وهو قضاء القاضي بلحاقه - عن ولاية، فلا ينقض بعد نفاذه؛ إذ العتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان، وولاؤهم لمولاهم أعني المرتد الذي عاد مسلماً؛ على ما في «فتح القدير».

(وإن عاد) مسلماً **(قبله)**؛ أي قبل الحكم بلحاقه (.. **فكأنه لم يرتد)**؛ لعدم تأكده بالقضاء، فأمّهات أولاده ومدبّروه: على حالهم لا يعتقون بقضاء القاضي، وما كان

وَالْمَرْأَةُ لَا تُقتَلُ بل تحبَسُ حَتَّى تتوبَ، وتُضرَبُ كلَّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

وَالْأَمةُ يُجبرُها مَوْلَاهَا.

عليه من الديون.. فهو إلى أجله كما كانت، وضمن الوارث ما أتلفه.

(**والمرأة**) المرتدة (**لا تقتل**) في ظاهر الرواية عندنا؛ لأن النبي ﷺ نهى عن قتل النساء، ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى الآخرة؛ إذ تعجيلها يخلّ بمعنى الابتلاء، وإنما عدل عن هذا الأصل دفعاً لشرٍ ناجز وهو الحرب، ولا يتوجه ذلك من النساء؛ لعدم صلاحيته بنيتها، بخلاف الرجال، فصارت [٧١٨/أ] المرتدة كالكافرة الأصليّة.

(**بل تحبس حتّى تتوب**)، فتطعم كلّ يوم لقمة وشربة، وتمنع من سائر المنافع؛ لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار به، فتجبر على إيفائه بالحبس؛ كما في حقوق العباد.

(**وتضرب**) كل يوم مبالغة في الحمل على الإسلام، وقيل: في (**كل ثلاثة أيام**).

(**والأمة يجبرها مولاها**)؛ أما الجبر.. فلما ذكرناه، وأما المولى.. فلما فيه من الجمع بين الحقين: الجبر والاستخدام.

وقيل: هذا فيما إذا احتاج المولى إلى خدمتها، وإلا.. فيجبرها القاضي.

والصحيح: أنها تدفع إلى المولى؛ احتاج أو استغنى، وهو رواية «الجامع الصغير»، وصحّحه فخر الإسلام.

وهل تسترق الحرة المرتدة، قالوا: لا تسترق ما دامت في دار الإسلام؛ فإن لحقت بدار الحرب.. فحينئذٍ تسترق إذا سبيت.

وعن أبي حنيفة في «النوادر»: تسترق في دار الإسلام أيضاً.

قيل: ولو أفتى بهذه الرواية.. لا بأس به فيمن كانت ذات زوج؛ قطعاً لسوء قصدها بالردة من إثبات الفرقة، وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام، ويهبها الإمام له إذا كان مصرفاً؛ لأنها صارت بالرّدة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها،

وَيَنْفُذُ جَمِيعُ تصرُّفها فِي مَالِهَا وَجَمِيعِ كسبِها لوارِثِها الْمُسلمِ إِذا مَاتَتْ.
ويرثُها زَوجُهَا إِن ارْتَدَّت مَرِيضَةً، لاَ إِنِ ارْتَدَّت صَحِيحَةً.

وينفسخ النكاح بالردة، وحينئذ يتولى هو حبسها وحربها على الإسلام، فيرتدّ ضرر قصدها عليها.

وقد أفتى الدبوسي والصفار وبعض أهل سمرقند: بعدم وقوع الفرقة بردتها ردّاً عليها. وغيرهم مشوا على الظاهر، ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج، وتضرب خمسة وسبعين سوطاً، واختاره «قاضي خان» للفتوى.

(**وينفذ جميع تصرّفها**) من البيع والشراء والهبة وغيرها؛ فإن أسلمت في دارنا.. فبها، وإن ماتت أو دخلت دار الحرب.. فتصرفها باطل عنده، صحيح عندهما.

(**في مالها**) لوجود المقتضي - أعني الأهلية والملك - وارتفاع المانع؛ أعني الكون حرباً لنا.

(**وجميع كسبها**) في الإسلام والردة (**لوارثها المسلم إذا ماتت**)؛ لما ذكرناه.

(**ويرثها زوجها**) المسلم (**إن ارتدت مريضة**) فماتت من ذلك المرض، أو لحقت بدار الحرب.

والقياس: أن لا يرثها؛ لأن فرار الزوج إنما كان يتحقق إذا مات وهي في العدّة، ولا عدّة ههنا على الرجل، فينبغي أن لا يرثها الزوج؛ على ما في «العناية».

ووجه الاستحسان: أنها قصدت إبطال حقّ الزوج في الميراث بعدما تعلّق حقّه بمالها بسبب مرضها فيرثها.

(**لا إن ارتدت** [٧١٨/ب] **صحيحة**)؛ فإنها بهذه الردة لم تبطل له حقاً متعلّقاً بمالها، بخلاف المرتد؛ فإنه يقتله فيتعلّق بماله حقّها بردّته، فيكون فارّاً في ردّته حالة الصّحة فترثه زوجته المسلمة؛ على ما مرّ:

وقاتِلُها يُعَزَّرُ فَقَط.

وَسَائِرُ أَحْكَامِهَا: كَالرّجلِ؛ فَإِن ولدت أَمَتُهُ فَادَّعَاهُ.. ثَبتَ نسبُهُ وأموميَّتُها وَالْولدُ حرٌّ يَرِثُهُ مُطلقاً إِن كَانَت مسلمةً.

وَكَذَا إِن كَانَت نَصْرَانِيَّةً، إِلَّا إِن وَلَدَتْهُ لأَكْثَرَ مِن نصفِ حولٍ مُنْذُ ارْتَدَّ.

(**وقاتلها**) أي قاتل المرتدة (.. **يعزّر فقط**)؛ أي لا يضمن؛ لوجود المبيح وهو الكفر، وللعمل بإطلاق النص، لكنه يعزّر إن كانت في دار الإسلام؛ لافتيائه على الإمام.

(**وسائر أحكامها كالرجل**) المرتد؛ فإذا لحقت بدار الحرب.. بطل تصرّفها في مالها، ولا عدة لها كالموتى، فلزوجها أن يتزوج أختها وأربعاً سواها من ساعته؛ كما في صورة الموت الحقيقي.

وإن عادت مسلمة أو سبيت: لم ينقض نكاح الأخت والأربع؛ لأن نكاحها لا يعود، ولها أن تتزوج من ساعتها؛ لعدم العدّة عليها.

ولو ولدت في دار الحرب لأقلّ من ستة أشهر من وقت الردة.. ثبت نسبه من الزوج، وإن كان لأكثر.. لا يثبت، ويسترق الولد تبعاً لها، وكذا يجبر على الإسلام.

(**فإن ولدت أمته**) أي إذا وطئ المرتد جاريته التي كانت له في حال إسلامه؛ نصرانيّةً كانت أو يهوديّةً أو مسلمةً فولدت منه لستة أشهر وأكثر، ولو إلى عشر سنين منذ ارتد (**فادّعاه**)؛ أي ادعى المرتد الولد (.. **ثبت نسبه**) منه (**وأموميتها**)؛ لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك، حتى صحّ استيلاد الأب جارية الابن، والعبد المأذون جاريته من تجارته؛ على ما ذكره أبو الليث في شرح «الجامع الصغير»:

(**والولد حر**)؛ لثبوت نسبه من أبيه، (**يرثه**) أي يرث الولد أباه المرتد (**مطلقاً**)؛ أي سواء كان بين الارتداد والولادة ستة أشهر أو أكثر أو أقل؛ (**إن كانت مسلمة**)؛ لأن الولد حينئذ يتبع أمّه لكونها خيراً في الدين، فيكون مسلماً، والمسلم يرث المرتد.

(**وكذا**)؛ أي يرث الولد أباه المرتد (**إن كانت**) الأم (**نصرانية**) أو يهوديّة، (**إلا إن ولدته لأكثر من نصف حول منذ ارتد**).

وَإِن لحقَ بِمَالِهِ فَظهرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ فَيْءٌ.

فَإِن لحقَ ثُمَّ رَجَعَ فَذهبَ بِهِ فَظهرَ عَلَيْهِ.. فَهُوَ لوَارِثِهِ قبلَ الْقِسْمَةِ.

وكذا إذا ولدته في نصف السنة؛ لأن الولد حينئذ يتبع أباه؛ لكونه أقرب إلى الإسلام من أمّه النصرانية واليهوديّة؛ للزوم الجبر عليه لا عليها، فلا يكون الولد مسلماً حكماً، بل يكون مرتداً حكماً؛ لأن العلوق لم يتيقن قبل الردة حتى يجعل الولد مسلماً بإسلام أبيه قبل الردة.

بخلاف ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر؛ فإنه يتيقن علوق الولد قبل الردة، فيكون مسلماً فيرث من أبيه المرتد.

فإذا كان مرتداً تبعاً لأبيه.. لا يرثه؛ لأن المرتد لا يرث [٧١٩/أ] المرتد.

فإن قيل: إنه لم يجعل تبعاً للدار فيرث من أبيه المرتد.

أجيب: بأنّه إنما يجعل تبعاً للدار إذا لم يكن معه أحد أبويه بأن سبي وليس معه أحد أبويه، أو يلتقط في دار الإسلام.

فإن قيل: هذا منقوض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردّتهما؛ فإنه يبقى مسلماً مع وجود أبويه.

أجيب: بأن الحكم بإسلامه في هذه الصّورة ليس لتبعية الدار، بل لأنه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان، بخلاف مسألة الكتاب؛ لأنه لم يسبق للولد حكم الإسلام؛ إذ لم يوجد في زمن إسلامهما.

(**وإن لحق**) المرتد بدار الحرب (**بماله فظهر عليه.. فهو**)؛ أي المال (**فيء**) فيوضع لبيت المال للمسلمين؛ لأنه مال لم يجر فيه الإرث، فيكون مال الحربيّ، فيكون فيئاً لا محالة، وأما نفسه.. فلا يكون فيئاً؛ لأن المرتد لا يسترق، بل يقتل أو أسلم:

(**فإن لحق، ثم رجع مرتداً**) إلى دار الإسلام (**فذهب به**)؛ أي بماله إلى دار الحرب ثانياً (**فظهر عليه**) ثانياً (**.. فهو**)؛ أي المال الذي لحق به ثانياً (**لوارثه**)؛ لأنه مال انتقل إلى الوارث حين لحق أوّلاً وقضى به القاضي، فيكون ملكاً للوارث قديماً (**قبل القسمة**).

وَإِن لحقَ فَقضى بِعَبْدِهِ لِابْنِهِ، فكاتَبَهُ الابْنُ، فجَاءَ الْمُرْتَدُّ مُسلماً.. فبدلُ الْكِتَابَةِ وَالْوَلَاءُ لَهُ.

وَمن قَتلَهُ مُرْتَدٌّ خطأً فَقُتِلَ على ردَّتِهِ أَو لَحِقَ.. فدِيَتُهُ فِي كسبِ إِسْلَامِهِ.

وَقَالا: فِي كَسبِهِ مُطلقاً.

وأما بعدها؛ فإن شاء.. أخذه الوارث بقيمته.

وإن لم يقض القاضي بلحاقه والمسألة بحالها: ففي ظاهر الرواية: يرد على الورثة أيضاً؛ لأنه متى لحق بدار الحرب.. فالظاهر: أنه لا يعود، فكان ميتاً ظاهراً.

وفي بعض روايات «السير»: يكون فيئاً لا حَقَّ لورثته فيه؛ لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء.

(**وإن لحق فقضى**) القاضي (**بعبده لابنه، فكاتبه الابن، فجاء المرتد مسلماً.. فبدل الكتابة والولاء له**) أي للأب المسلم بعد الردة؛ لأنه لا وجه لإبطال الكتابة لنفوذها بالقضاء، فجعلنا الوارث كالوكيل من جهته، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل، والولاء لمن يقع العتق عنه، فصار كالمكاتب إذا كاتب عبده، ثم عجز وفسخت الكتابة الأولى.. تبقى الثانية على حالها، ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه.

هذا فيما إذا جاء المرتد مسلماً قبل أداء بدل الكتابة.

بخلاف ما إذا جاء مسلماً بعد أداء الكتابة إلى الابن؛ فإنه عتق على الابن، والولاء له؛ فإن الملك الذي كان للأب غير قائم بعد الأداء.

(**ومن قتله مرتد خطأً فقتل على ردته أو لحق**) بدار الحرب (.. **فديته في كسب إسلامه**) عند أبي حنيفة، (**وقالا: في كسبه مطلقاً**).

أما كون [٧١٩/ب] الدية في ماله: فلأن العواقل لا تعقل المرتد؛ لأن تحملهم العقل باعتبار نصرتهم إياه التي يقوى بها على الجرأة، ولا نصرة منهم للمرتد.

وأما أنه عند أبي حنيفة في كسب الإسلام فقط: فإنه لا يملك غيره عنده،

وَمن قُطِعَتْ يَدُهُ عمداً فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَمَاتَ مِنْهُ، أَو لحقَ ثمَّ جَاءَ مُسلماً وَمَاتَ مِنْهُ.. فَنصفُ دِيَتِهِ لوَرثَتِهِ فِي مَالِ الْقَاطِعِ.

وعندهما: يملك الكلّ، فيكون ما لزمه من الكل عندهما.

وعلى هذا: إذا غصب مالاً فأفسده.. يجب ضمانه في كسب إسلامه عنده فقط، وعندهما: في الكلّ.

وعلى هذا: لو لم يكن له كسب في الإسلام واكتسب في الردة.. تهدر الجناية عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(**ومن قطعت يده عمداً فارتدّ والعياذ بالله ومات منه**)؛ أي على ردّته من ذلك القطع (**أو لحق، ثم جاء مسلماً ومات منه**)؛ أي من ذلك القطع (**.. فنصف ديته لورثته في مال القاطع**):

أما الأول: وهو وجوب نصف الدية فيما إذا مات.. فلأن القطع وإن وقع على محلّ معصوم، لكن السراية التي بها القطع قتلاً: حلت المحل بعد زوال عصمته فأهدرت؛ إذ لو لم تهدر.. لوجب القصاص في النفس في العمد، وتمام الدية في الخطأ، لكنه لم يجب؛ فإذا أهدرت السراية.. وجبت دية اليد؛ لأن هذا القدر وقع زمن العصمة، وأقلّ ما فيه: دية اليد.

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد، ثم أسلم فمات من ذلك القطع.. فإنه لا يجب الضمان أصلاً؛ لأن القطع وقع في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة، فكانت هدراً، والمهدر لا يلحقه الاعتبار، وأما المعتبر اعتباراً: فقد يلحقه الإهدار بالإبراء، فكذا بالردة.

وأما الثاني: وهو وجوب نصف الدية إذا قضى بلحاقه، والموت بقطع السراية، وإسلامهُ حياةٌ حادثة في التقدير.. فلا يعود حكم الجناية الأولى على أنها قتل؛ لأنه ما ثبت سراية بعد انقطاع حكم القطع، فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع في حالة العصمة؛ من حيث هو قطع لا قصاص فيه، وفي ذلك: نصف دية النفس، فوجب للورثة.

وَإِن أسلمَ بِدُونِ لحاقٍ فَمَاتَ.. فتمامُ الدِّيَةِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: نصفُهَا.

هذا فيما إذا قضى بلحاقه:

وأما إذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلماً، ثم مات من القطع.. فهو بمنزلة موته قبل أن يلحق بدار الحرب، وفيه خلاف محمد، وهو ما ذكره بقوله: (**وإن أسلم بدون لحاق فمات**) بعد عوده مسلماً؛ يعني إذا ارتد ثم أسلم فمات من ذلك القطع بلا تخلل لحاق (.. **فتمام الدية**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**وعند محمد: نصفها**)؛ وهو قول زفر أيضاً، يعني في الصور [٧٢٠/أ] الأربع، وهي:

ما إذا قطعت يده مسلماً فارتد ومات على ردّته من القطع.

أو ارتد ثم أسلم بلا لحاق.

أو ارتد ولحق بعد القضاء.

أو قبله، ثم عاد فأسلم.. ففي كلّها نصف الدية عند محمد وزفر.

ووجهه: أنّ اعتراض الردة أهدر السراية، حتى لو قتله قاتل.. لا شيء عليه؛ فإذا أسلم بعد ذلك.. لا ينقلب بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد، وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فأسلم.. لا يجب على القاطع شيء:

ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم؛ لأنه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس؛ كما إذا لم تتخلل الردة، وهذا لأن تخلّلها كائن في حال البقاء فقط، فإنما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء، وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس، فيبقى ضمانها بالدية.

لأن سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلّا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في إيجابها، والواقع: أنه لا معتبر ببقائها في ذلك، وإنما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانعقاده سبباً، وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان، وحالة البقاء بمعزل؛ إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان، ولا

مكَاتِبٌ ارْتَدَّ فلحق فَأُخِذَ بِمَالِهِ وَقُتِلَ.. فبدلُ الْكِتَابَةِ لمَوْلَاهُ، وَالْبَاقِي لوَرثَتِهِ.

حال ثبوت حكمه، فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين: لا عبرة به، بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم، وهو حال وجود الشرط الحقيقي؛ كما إذا قال لزوجته: «إن دخلت فأنت طالق»، ثم أبانها، ثم تزوجها فدخلت.. طلقت، وكذا إذا قال لعبده: «إن فعلت كذا فأنت حر» فباعه، ثم اشتراه ففعل.. عتق.

أما لو عدم الملك عند اليمين أو عند الحنث.. لم يقع الطلاق والعتق.

فإن قيل: هذا منقوض بعبد قطعت يده، ثم باعه المولى، ثم اشتراه أو تفاسخا البيع، ثم مات العبد.. فإنه لم يجب إلّا دية اليد لاتمام الدية.

قلنا: إن الردة ليست بإبراء، ولا مستلزمة له؛ لأنها وضعت لتبديل الدين، ويصح من غير إبراء بأن لم يكن ثمة جناية عليه إلا أنه إذا مات على ذلك.. لم يجب الضمان؛ لهدر دمه بالردة.

بخلاف بيع العبد المجني عليه: فإن البيع وضع لقطع ملكه والضمان ملكه؛ فإذا قطع الأصل قصداً.. فقد قطع البدل أيضاً، فصار كالإبراء.

هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد:

فلو كان القاطع هو الذي ارتد.. ففي «المبسوط»: فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلماً؛ فإن كان [٧٢٠/ب] عمداً.. فلا شيء له؛ لأن الواجب القصاص، وقد فات محلّه حين قتل على ردته أو مات، وإن كان خطأً.. فعلى عاقلة القاطع دية النفس؛ لأنه عند إيجابه كان حيّاً، وجناية المسلم خطأ على عاقلته، وتبيَّن بالسراية: أنَّ جنايته كانت قتلاً، فكانت على عاقلته.

ولو كانت الجناية منه حال الرّدة.. كانت الدية في الخطأ في ماله؛ لأن المرتد لا يعقل جنايته أحدٌ؛ كذا في «فتح القدير».

(**مكاتب ارتّد فلحق**) بدار الحرب (**فأخذ بماله**) الذي اكتسبه (**وقتل**) على ردته (.. **فبدل الكتابة لمولاه**) من كسبه، (**والباقي لورثته**)؛ أي بالاتفاق.

زوجانِ ارتدَّا فلَحِقا، فَولدتِ الْمَرْأَةُ ....

أما عندهما: فلأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً، فكذا إذا كان مكاتباً؛ إذ الكتابة لا تبطل بالموت.. فبالردة أولى؛ فإذا كان مَلْكه.. قضيت منه مكاتبته.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن المكاتب يملك أكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة؛ لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت، فكذا باللحاق الذي هو شبهة الموت، وإذا لم يتوقف العقد.. لم تتوقف الأكساب الحاصلة بسببه، ألا ترى أن المكاتب لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرّق، فكذا بالردة التي هي أدنى من الرق المانعية من التصرف، حتى لا يصح استيلاده بطريق الأولى، فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام.

فإن قيل: لا يلزم من عدم منع رق المكاتب عن التصرف عدم منع ردّته عنه؛ كجواز أن يكون ممنوعاً عنه عند اجتماع الأمرين، بل الأمور وهي الرق والردة والكتابة.

أجيب: بأنّ الهيئة الاجتماعية: إنما يكون لها زيادة تأثير إذا أمكن أن يحصل من تركيبهما أمر خارجي، أو اعتباري حقيقي، لا فَرَضيّ محض، ولا يمكن ذلك من الرق والردة.

توضيحه: أن عقد الكتابة يجوز للتصرف، وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده، وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما، وانضمام أحدهما إلى الآخر من قبيل انضمام علة إلى أخرى فيما يعلّل بعلّتين مستقلتين، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة؛ على ما عرف في الأصول، بل الترجيح بوصف في العلة.

(**زوجان ارتدا فلحقا فولدت المرأة**) في دار الحرب؛ سواء كان الحمل في دار الحرب أو في دار الإسلام؛ فإن مدار جبر الولد على الإسلام: كون الولادة في دار الحرب، لا كون الحبل فيها؛ على ما صرح به [٧٢١/أ] في «فتح القدير».

ثُمَّ وُلِدَ لِلْوَلَدِ، فَظَهِرَ عَلَيْهِم.. فالولدانِ فَيْءٌ، وَيجْبَرُ الْوَلَدُ على الْإِسْلَامِ، لَا وَلَدُهُ.

(ثم ولد للولد فظهر عليهم.. فالولدان فيء)؛ لأن المرتدة تسترّق فيتبعها ولدها، (ويجبر الولد) الأول (على الإسلام)؛ لأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين، فيكون مسلماً بإسلامهما ومرتداً بارتدادهما، فلما كان مرتداً بردتهما.. أجبر كما يجبران، لكن لا يقتل كولد المسلم إذا بلغ؛ فإنه يجبر عليه، ولا يقتل.

(لا ولده) أي لا يجبر ولد الولد على الإسلام في ظاهر الرواية؛ لأنه لو كان مسلماً تبعاً لجدّه.. كان تبعاً لجدّ جدّه.. فحينئذٍ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام، ولو كان تبعاً لأبيه وهو تبع.. لكان التبع مستتبعاً لغيره، وهو قلب الأصل؛ سيما أنّ أصل التبعية ثابتة على خلاف القياس؛ لأن الأب لم يرد حقيقة، ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل، وإذا لم يجبر على الإسلام تبعاً لجده.. يسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل؛ لأن حكمه حينئذ كسائر أهل الحرب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعاً لجدّه، فجعل مرتداً تبعاً له؛ لأن التبعية في حق الأب للتفرع، والتفرع ثابت في حق الجد، ولهذا كان بمنزلة الأب في النكاح وبيع مال الصغير.

واعلم: أنّ الجدّ ليس كالأب في ظاهر الرواية في أربعة مسائل:

أحدها: أنّ الولد لا يكون مسلماً بتبعية جدّه أيضاً، وهي مسألة الكتاب:

وثانيها: صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جدّه موسراً، ولا أب له، أوله أب معسر أو عبد.. لا يجب على الجد في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: يجب عليه.

وثالثها: جرّ الولاء؛ صورتها: معتَقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه.. فالولد حر تبعاً لأمّه، وولاؤه لمولى أمّه؛ فإذا عتق جده.. لا يجرّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يجره كما لو أعتق أبوه.

ورابعها: الوصية للقرابة، لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: لا يدخل كالأب؛ كذا ذكروها.

وزاد في «البحر» ست مسائل، الجد فيها ليس كالأب في ظاهر الرواية:

ردّ الأم إلى ثلث ما بقي.

وحجب أمّ الأب والإخوة لا يسقط بالجد عندهما، ويسقط بالأب اتفاقاً.

والرابعة: ابن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق اتفاقاً، ولا يحجب الأب عند أبي يوسف.. فله السدس، والباقي للابن؛ [٧٢١/ب] ذكر هذه الأربعة الأكمل في شرح «السراجية».

والخامس: الأم تشارك الجدّ في نفقة الصّغير أثلاثاً، بخلاف الأب.

السادس: لا تفرض النفقة على الجدّ المعسر، بخلاف الأب.

وزاد في «شرح منظومة ابن وهبان»: مسألتان ليس الجدّ فيهما كالأب:

أحدهما: رجل مات وترك أولاداً صغاراً وأباً ولم يوص.. يملك الأب ما يملك الوصي؛ فإن كان الميت أوصى بشيء.. فللأب أن ينفذ الوصية، وإن كان في التركة دين فباع الأب العقار أو العروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا.. جاز، وليس للجد ذلك؛ ذكره الخصاف ولم يذكره محمد في «المبسوط»، وبقول الخصاف يفتى.

وثانيهما: أنه قال في «الظهيرية»: إن ولاية التزويج على قول أبي يوسف تكون للجد والأخ، وعلى قول أبي حنيفة: الجدّ أولى بولاية التزويج من الأخ، ولو كان مكان الجد أب.. سقطت ولاية الأخ اتفاقاً، فصار اثني عشر مسألة يخالف الجد فيها الأب.

وهذا إذا ولد لهما ولد بعد لحاقهما؛ أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير، ثم ظهر عليهم.. فالولد فيء؛ لأن الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين، وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي؛ كذا قالوا.

وَإِسْلَامُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ: صَحِيحٌ.

وَكَذَا ارتدادُهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

واعترض عليه في «فتح القدير»: بأنه لو صح.. لزم أنهما لو لم يلحقا بدار الحرب يكون الولد مرتداً تبعاً لهما، وليس كذلك، بل ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه إلّا بمزيل.

والأحسن: ما في «المبسوط»: من أنه خرج عن كونه مسلماً باللحاق بدار الحرب؛ فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير: باعتبار تبعية الأبوين أو الدار، وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به، فكان الولد فيئاً يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه.

فإنِ الأبُ ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام.. لم يكن الولد فيئاً؛ لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه.

فإن قيل: كيف يتبعها بعد تباين الدارين؟

قلنا: تباين الدارين يمنع الاتباع في الإسلام ابتداء لا في إبقاء ما كان ثابتاً ألا ترى أن الحربيّ لو أسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا.. بقي الولد مسلماً، حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئاً.

بخلاف ما لو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب.

(**وإسلام الصبي العاقل**) والصبية العاقلة، وكذا المراهق والمراهقة (.. **صحيح**) باتفاق الثلاثة.

(**وكذا ارتداده، خلافاً لأبي يوسف**) كان أولاً يقول: ارتداده صحيح مثل [٧٢٢/أ] إسلامه، ثم رجع وقال: إنه ليس بارتداد.

فعلى صحّة إسلامه: لا يرث أبويه الكافرَين، ويرث أقاربَه المسلمين، ولا يصحّ نكاح المشركة له، وتحلّ المؤمنة له، وتبطل ماليّة الخمرة والخنزير.

وعلى صحّة ردّته: لو مات له قريب مسلم بعد ردّته.. لا يورث منه.

وقال زفر والشافعي: إسلامه ليس بإسلام، وردّته ليس بارتداد.

ولهما في عدم صحة إسلامه: أنه تبع لأبويه فيه، فلا يجعل أصلاً؛ لتناف بين الصفة الأصليّة والتّبعية؛ لأن الأولى: سمة القدرة، والثانية: سمة العجز، ثم إسلامه يصحّ تبعاً لأبويه، فلا يجعل أصلاً مستقّلا به، ولأنّه يلزمه أحكاما تشوبها المضرة؛ من حرمان الإرث، والفرقة بينه وبين زوجته المشركة، فلا يؤهل له كالطّلاق والعتاق.

ولنا في صحة إسلامه: أنّ عليّاً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي ﷺ إسلامه وافتخر به وهو مشهور، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام، وهو التصديق والإقرار معه، والإقرار عن طوع: دليل على الاعتقاد الباطني، وإذا كان قد أتى به.. فقد دخلت حقيقة الإيمان قائمة به في الوجود، والحقائق لا ترد بعد الوجود، فلهذا صحّت ردّته أيضاً:

فإن قيل: الإيمان الذي ينفيه الخصم منه، هو الإيمان المعتبر، وما دخل تحت الوجود لا ينفيه الخصم، بل يقول: إنه لا يعتبر شرعاً.

أجيب: بأنّ دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة:

إما لعدم أهلية الصّحة، وهو منتف؛ لأن الصبي جعل أهلاً للنبوة؛ كما في يحيى عليه السلام وهي فرع الإيمان، وللاتفاق على أهليّته للصلاة والصوم، حتى يصحّان منه ويثاب عليهما.

وإما لعدم أهليّة الوجوب فيلتزمه، والكلام ليس فيه.

وإما لحاجز شرعي وهو منتف، ولا يليق أن يثبت شرعاً منع عن الإيمان بالله تعالى مع عقليته ومعرفته.

فإذا صح إيمانه.

فهل يجب عليه بعد البلوغ تصديق وإقرار جديد، أو يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار؟

ففي «فتح القدير»: أن مقتضى الدليل: أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد إلى تصديق وإقرار يسقطه به، ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والإقرار غير المنوي به إسقاط الفرض؛ كما أنه لو كان يواظب الصلاة قبل بلوغه.. لا يكون كما كان يفعل، بل لا يكفيه بعد بلوغه منها: إلّا ما قرنه بنيّةِ أداءِ الواجب امتثالاً.

لكنهم اتفقوا: على أنه لا يجب، بل يقع فرضاً [٧٢٢/ب] قبل البلوغ.

أما عند فخر الإسلام؛ فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب، وهو حدوث العالم وعقلية دلالته، دون وجوب الأداء؛ لأنه بالخطاب، وهو غير مخاطب؛ فإذا وجد بعد السبب.. وقع الفرض؛ كتعجيل الزكاة.

وأما عند شمس الأئمة: فلا وجوب أصلاً؛ لعدم حكمه وهو وجوب الأداء؛ فإذا وجد.. وجد، فصار كالمسافر يصلي الجمعة: يسقط فرضه وليست الجمعة فرضاً عليه، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها؛ فإذا فعل.. تم.

والجواب عما ذكرهما من التنافي بين الأصلية والتبعية: منع لزوم التنافي مستنداً بأنه إنما يلزم أن لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلاً معاً، ولسنا نقول به، بل هو تبعٌ ما لم يعقل ويقر مختاراً؛ فإذا عقل وأقر مختاراً.. فنقول: انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلاً.

وأجاب في «المبسوط»: بمنع التنافي بينهما وجواز اجتماعهما؛ كالمرأة تسافر مع الزوج فإنها تكون مسافرة تبعاً للزوج، حتى إذا لم تنو السفر.. تكون مسافرة، ولو نوته.. صارت مسافرة مقصوداً وتبعاً فاجتمعت الأصلية والتبعية، وجعل أحدهما يتأيد بالآخر، فكذا ما نحن فيه.

وأما الجواب عن قولهما: «يشوبه»: فلأن ما يتعلق به السعادة الأبدية وتزول به المضرة السرمدية لا يبالي معه بذلك الضرر كل عاقل.

ولهما في الردة أنها مضرة محضة.. فلا تصح منه، بخلاف الإسلام؛ فإنه تَعَلَّق به أعلى المنافع، ويندفع به أعظم المضار.. فيصح منه، وهذا وجه أبي يوسف أيضاً في الردة.

ولأبي حنيفة ومحمد فيها: ما مر من أنها موجودة حقيقة؛ لوجود حقيقتها من الإنكار، ولا مرد للحقيقة بعد وجودها.

فإن قيل: إن ما مر: في الإسلام، ولا يلزم من اعتبار الحقيقة في الإسلام، وعدم ردها فيه: اعتبارها وعدم ردها في الردة؛ لما في الإسلام من النفع، وفي الردة من الضرر، ألا ترى أنه يصح من الصبي قبول الهبة؛ لما فيه من النفع، ولا يصح منه الهبة؛ لما فيه من الضرر؟

أجيب: بأن الحقائق الداخلة تحت الوجود على نوعين:

أحدهما: ما يقطع فيها بالعلم أو بالجهل، فلا يمكن عدم اعتبارها بعد القطع بها.

وثانيها: ما لا يقطع فيها بالعلم ولا بالجهل، والإيمان والردة من قبيل النوع الأول؛ فإنه لا يمكن أن يجعل عارفاً إذا علم جهله بالكفر، ولا جاهلاً إذا علم علمه بالإيمان، فلا بد من اعتبارها بعد وجودها؛ فصار كما إذا صام بنيته [٧٢٣/أ]: يجعل صائماً شرعاً، فلو أكل.. يجعل مفطراً قطعاً ولا يجعل صائماً، والهبة من قبيل الثاني، فإنها دائرة بين العلم بالمصلحة فيها وبين الجهل بها؛ لأنا لم نتيقن بعلمه بالمصلحة فيها في نفس الأمر، فلا يجوز من الصبي، بخلاف قبول الهبة؛ فإنا علمنا بالمصلحة فيها، فلا نجعله جاهلاً بها.

وَيُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ، وَلَا يُقتَلُ إِن أَبى.

(ويجبر) أي الصبي العاقل، وكذا الصبية والمراهق والمراهقة **(على الإسلام)**؛ لما فيه من النفع المتيقن، ودفع أعظم المضار، **(ولا يقتل إن أبى)**؛ لأن القتل عقوبة، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم، ولأن اختلاف العلماء في صحة إسلامة شبهة تسقط بها عقوبة القتل.

واعلم: أن المرتد لا يقتل في مواضع:

أحدها: الذي كان سبب إسلامه تبعاً لأبويه، إذا بلغ مرتداً.. لا يقتل استحساناً؛ لأن إسلامه لما كان تبعاً لغيره.. صار شبهة في إسقاط القتل عنه، وفي القياس: يقتل به، وبه قال مالك وأحمد.

وثانيها: إذا أسلم في صغره، ثم بلغ مرتداً.. لم يقتل؛ لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلام الصبي.

وثالثها: المكره على الإسلام إذا ارتد.. لا يقتل استحساناً؛ لقيام الشبهة أيضاً في إسلامه بسبب الكره، ولكنه يجبر على الإسلام؛ على ما في «قاضي خان»:

ورابعها: اللقيط في دار الإسلام محكوم بإسلامه، ولو بلغ كافراً.. أجبر على الإسلام، ولا يقتل.

وخامسها: إذا ارتد في صغره.. يجبر على الإسلام ولا يقتل؛ لقيام الشبهة أيضاً، وهو مسألة الكتاب.

وسادسها: أن السكران إذا أسلم حال السكر، ثم ارتد.. لا يقتل، ذكره في «البحر».

وسابعها: إذا شهد العدول على ردة مسلم وهو منكر لردته؛ فإنه تثبت ردته بشهادة العدول، ولا يقتل؛ لأن إنكاره توبة ورجوع، ذكره في «سير الأشباه» نقلاً عن «فتح القدير».

قيد الصبي بالعاقل؛ لأن ارتداد الصبي الغير عاقل.. لا يصح بالاتفاق، وكذا لا يصح إسلامه.

وكذا المجنون لا يصح إسلامه ولا ارتداده بالإجماع.

والسكران الذي لا يعقل: كالمجنون عندنا، وهو قول مالك وأحمد، وكذا الشافعي في قول، وقال في قول آخر: يصح ارتداده كطلاقه.

قلنا: إن الردة تبتنى على تبدل الاعتقاد، ونعلم أن السكران غير معتقد لما قال، وإنما وقع طلاقه؛ لأنه لا يفتقر إلى القصد.

* * *

(بَابُ الْبُغَاةِ)

(بَابُ الْبُغَاة)

جمع باغ؛ مثل قضاة وقاض، **والبغي في اللغة**: الطلب، ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم.

والباغي في [٧٢٣/ب] **عرف الفقهاء**: الخارج على إمام الحق.

والخارجون عن طاعته أربعة أصناف:

أحدها: الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة، يأخذون أموال المسلمين، ويقتلونهم، ويخيفون الطريق، وهم: قطاع الطريق، وقد تقدم حكمه.

والثاني: قوم كذلك، إلا أنهم لا منعة لهم، لكن لهم تأويل.. فحكمهم حكم قطاع الطريق: إن قَتَلوا.. قُتِلوا وصُلِبوا، وإن أخذوا.. قُطِعت أيديهم؛ على ما عرف في قطاع الطريق.

والثالث: قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل، يرون أن الإمام على باطل كفراً ومعصية يوجب قتالاً بتأويلهم، وهؤلاء يُسَمَّون بالخوارج، يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويُكَفِّرون أصحاب رسول الله ﷺ.. وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث: حكم البغاة.

وعند مالك: يستتابون؛ فإن تابوا.. فبها، وإلا.. قتلوا؛ دفعاً لفسادهم لا لكفرهم.

وذهب بعض أهل الحديث: إلى أنهم مرتدون، لهم حكم المرتدين.

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم.

وذكر في «المحيط»: أن بعض الفقهاء لا يكفر أحداً من أهل البدع، وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع، وهو من خالفت بدعته دليلاً قطعياً، ونسبه إلى أكثر أهل السنة. انتهى.

إِذا خرجَ قومٌ مُسلمُونَ عَن طَاعَةِ الإمَامِ وتغلَّبوا على بلدٍ. دعاهُم إِلَى الْعودِ، وكَشَفَ شُبهَتَهُم، وبَدَأَهم بِالْقِتَالِ لَو تحيَّزوا مُجْتَمعينَ.

وَقيلَ: لَا، مَا لم يبدؤوا؛ ....

وهذا يخالف مقتضى ما ذكره ابن المنذر؛ فإن مقتضاه: إجماع الفقهاء على عدم تكفير أحد من أهل البدع.

وقال في «فتح القدير»: إن ما قاله ابن المنذر أثبت، نعم يقع في كلام أهل المذهب تكفير كثير، ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون، بل من غيرهم، ولا عبرة بغير الفقهاء، والمنقول عن المجتهدين: ما ذكرناه من عدم تكفير أحد من أهل القبلة، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين. انتهى.

والرابع: قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل، ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم، وهم البغاة الذين عرفهم المصنف بقوله:

(**إذا خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام، وتغلبوا على بلد.. دعاهم إلى العود وكشف شبهتهم**)؛ لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم، ولأنه أهون الأمرين، ولعل الشر يندفع به.. فيبدأ به، ثم هذا استحباب؛ لأنهم علموا ما يقاتلون عليه.

(**وبدأهم**) الإمام (**بالقتال لو تحيزوا**)؛ أي لو اتخذوا حيزاً (**مجتمعين**)، **وإن** لم يبدؤوا بالقتال؛ على ما اختاره الإمام خواهر زاده؛ لأن الإمام لو انتظر حقيقة قتالهم.. ربما لا يمكنه الدفع، فيدار الحكم على دليله [٧٢٤/أ] وهو الاجتماع والامتناع.

(**وقيل: لا، ما لم يبدؤوا**) بالقتال، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، واختاره القدوري في «مختصره»، وعليه أكثر أهل العلم؛ على ما في «فتح القدير».

وهذا؛ لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً لشرهم، وذلك بأن بدؤوا بالقتال. وأجابوا عنه بما ذكرناه.

فَإِن كَانَ لَهُم فِئة.. أَجْهَزَ على جريحِهِم وَاتّبَعَ مولّيهم، وإِلا.. فَلَا.
وَلَا تُسبى ذُرّيتُهمْ، وَلَا يقسَمُ مَالُهم، بل يحبَسُ حَتَّى يَتُوبوا فَيُرَدُّ عَلَيْهِم.
وَجَازَ اسْتِعْمَالُ سِلَاحِهِمْ وخيلِهِم عِنْدَ الْحَاجَةِ.
وَإِن قتلَ بَاغٍ مثلَهُ فَظُهِرَ عَلَيْهِم.. لَا يجبُ شَيْءٌ.

(**فإن كان لهم فئة**) أي عسكر (.. **أجهز**) على بناء المجهول (**على جريحهم**)؛ أي أسرع على قتل جريحهم، (**واتبع موليهم**) أي معرضهم، (**وإلا**) أي، **وإن** لم يكن لهم فئة (.. **فلا**) يجهز جريحهم، ولا يتبع موليهم؛ لاندفاع شرهم بدونه، وإنما أجهز واتبع دفعاً لشرهم كي لا يلتحق الجريح والمولى بالفئة.

وقال الشافعي وأحمد: لا يجهز ولا يتبع؛ لأنهم لما تركوا القتال بالجراحة والتولي.. لم يبق قتلهم دفعاً لشرهم، ولا يجوز قتلهم إلا دفعاً لشرّهم.

قلنا: إن المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته، ودليل قتالهم موجود؛ أعني احتمال التحاقهم بالفئة.

(**ولا تسبى ذريتهم، ولا يقسم مالهم**)؛ لقول علي: «ولا يقتل أسير، ولا يكشف ستر، ولا يؤخذ مال»، قاله يوم الجمل، وهو المقتدى في هذا الباب، ولأن الإسلام شرع عاصماً، وهم مسلمون.

وقوله: «ولا يقتل أسير» معناه: إذا لم يكن لهم فئة، وإلا.. يقتل إن شاء الإمام.

(**بل يحبس**) أموالهم لدفع شرهم بكسر شوكتهم، (**حتى يتوبوا فيرد عليهم**) بعد التوبة؛ لاندفاع ضرورة دفع شرهم.

(**وجاز استعمال سلاحهم وخيلهم عند الحاجة**)؛ لأن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين الصحابة بالبصرة، وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة، ففي مال الباغي: أولى.

(**وإن قتل باغ مثله**) في عسكرهم (**فظهر عليهم.. لا يجب**) على القاتل (**شيء**)؛ لأنه لا ولاية للإمام العدل وقت القتل، فلم ينعقد موجباً؛ كالقتل في دار الحرب،

وَإِن غَلَبُوا على مصرٍ فَقَتَلَ بعضُ أَهلِهِ آخرَ مِنْهُ عَمْداً.. قُتِلَ بِهِ إِذا ظُهِرَ على الْمِصرِ.

وَإِن قتلَ عَادلٌ مُوَرِّثَهُ الْبَاغِيَ يَرِثُهُ، وَلَو بِالْعَكْسِ.. لَا يَرِثُهُ الْبَاغِي، إِلَّا إِنِ ادّعى أَنَّهُ كَانَ على الْحقِّ.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يَرِثُهُ مُطلقاً.

ولأنه قتلُ مباحِ الدم، ألا ترى: أن العادل إذا قتله.. لا يجب عليه شيء من الدية والقصاص، فكذا إذا قتله مثله.

وقال مالك والشافعي وأحمد: إن القاتل يقتل به؛ بناء على أن عندهم: كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها، فهو كدار العدل.

(**وإن غلبوا على مصر فقتل [بعض أهله]**) أي أهل المصر (**آخر منه**) أي من أهل المصر (**عمداً.. قتل به**) أي بسبب قتله عمداً، مثله.

(**إذا ظهر على المصر**) قبل إجرائهم أحكامهم في المصر، وأزعجوا عنه قبل ذلك؛ لأن ولاية الإمام لم تنقطع عنه قبل إجرائهم أحكامهم؛ أما لو أجروا أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم [٧٢٤/ب].. فلا قود ولا قصاص، ولكن يستحق عذاب الآخرة.

(**وإن قتل عادل مورثه الباغي.. يرثه**)؛ لأنا قد أمرنا بمقاتلتهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبۡغِي﴾ فصار قتلهم بحق؛ كقتل أهل الحرب، فلا يوجب حرمان الإرث؛ كما لو قتل مورثه بقَوَد له عليه؛ فإن حرمان الإرث جزاء قتل محظور، فلا يناط بقتل مباح.

(**ولو بالعكس**)؛ أي لو قتل الباغي مورثه العادل (**.. لا يرثه الباغي، إلا إن ادَّعى أنه كان على الحق**)، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

(**وعند أبي يوسف: لا يرثه مطلقاً**).

توضيح المسألة على ما في «الهداية» وغيرها: إذا قتل رجل من أهل العدل باغياً؛ فإنه يرثه بالاتفاق؛ على ما ذكرناه.

وإن قتله الباغي؛ فإن قال الباغي: كنت على حق في قتلي وأنا الآن على حق.. ورثه لتأويله.

وإن قال: قتلته وأنا أعلم أني على الباطل.. لم يرثه عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يرثه الباغي؛ سواء قال: كنت على الحق، أو قال: كنت على الباطل، وهو قول الشافعي.

وأصل هذا الخلاف: في أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله.. لا يضمن عندنا، ولا يأثم؛ لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، وهذا بالاتفاق، والباغي إذا قتل العادل؛ فإن قتل قبل قيام منعتهم وشوكتهم.. اقتص منه بالاتفاق، وكذا يضمن ما أتلفه من المال بالاتفاق، وإن قتله بعد قيام منعتهم وشوكتهم.. لا يجب عليه القصاص ولا الضمان عندنا، وبه قال أحمد والشافعي في قوله الجديد.

وقال في قوله القديم: إنه يضمن، وبه قال مالك؛ لأنها نفوس وأموال معصومة، فتضمن بالإتلاف ظلماً وعدواناً.

وعلى هذا الخلاف: لو مات المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً.. لا يضمن عندنا، ويضمن عنده.

قلنا: إن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل، وقد وُجدا منهم على ما هو الفرض، فيترتب عليه حكمه، حتى لو تجردت المنعة عن التأويل؛ كقوم غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل، ثم ظهر عليهم.. أخذوا بجميع ذلك.

ولو تجرد التأويل عن المنعة؛ بأن انفرد واحد أو اثنان فَقَتَلوا وأَخَذوا عن تأويل.. ضمنوا إذا تابوا أو قدر عليهم، وعليه انعقد إجماع الصحابة؛ على ما رواه

وَكُرِهَ بيعَ السِّلَاحِ مِمَّن عَلِمَ أَنَّهُ مِن أَهلِ الْفِتْنَةِ.

الزهري، ولأن التأويل الفاسد يلحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق دفع الضمان، وصار كما في منعة أهل الحرب.

وهذا؛ لأن الأحكام لا بد فيها من الإلزام أو الالتزام، ولم يوجد واحد [٧٢٥/أ] منهما فيهم.

أما الإلزام: فلعدم ولاية الإمام عليهم؛ لوجود منعتهم.

وأما الالتزام: فلاعتقادهم الإباحة عن تأويل.

بخلافه قبل قيام منعتهم؛ فإن ولاية الإلزام باقية قبله.

وبخلافه عند عدم التأويل؛ فإنه ثبت الالتزام اعتقاداً.

إذا عرفت هذا.. فقال أبو يوسف: إن تأثير المنعة مع التأويل، وكذا تأثير إلحاق التأويل الفاسد بالصحيح.. كان في دفع الضمان، والحاجة ههنا إلى إثبات استحقاق الإرث، ولا يلزم من عدم الضمان استحقاق الإرث بلا دليل.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إن المتحقق من الصحابة جعل منعتهم مع اعتقادهم الحقية دافعاً؛ لما لولاه لثبت؛ لثبوت أسباب الثبوت، ألا ترى أنه لولا تلك المنعة مع اعتقادهم.. لثبت الضمان؛ لثبوت سببه من القتل عمداً وإتلاف المال المعصوم، فيتناول ما نحن فيه؛ فإن القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة، والقتل بغير حق مانع، وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة، فمنع مقتضاه من المنع.. فعمل السبب - أعني القرابة - عمله من إثبات الميراث.

بخلاف ما إذا قال: أنا الآن على الباطل.. حيث لم يرث؛ لعدم ذلك الدافع، فعمل المانع عمله من المنع عن الميراث.

(وكره بيع السلاح ممن علم أنه من أهل الفتنة)؛ لأنه أعانه على المصيبة، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.

وَإِن لم يُعْلَم.. فَلَا.

(**وإن لم يعلم.. فلا**) يكره؛ لعدم علة الكراهة، والغالب في حال المسلم: الصلاح.

* * *

(كتاب اللقيط)

(كتابُ اللَّقِيطِ)

الْتِقَاطُهُ مَنْدُوبٌ.

وَإِن خِيفَ هَلَاكُهُ.. فَوَاجِبٌ.

وَكَذَا اللُّقَطَةُ.

وَهُوَ حرٌّ إِلَّا إِن ثَبتَ رِقُّهُ بِحجَّةٍ.

(كِتَابُ اللَّقِيطِ)

وهو في اللغة: اسم لشيء منبوذ، فعيل بمعنى مفعول.

وفي الشريعة: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الزنا.

(**التقاطه مندوب**) إن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية؛ لما فيه من إحياء النفس، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾، ولأن في رفعه إظهار الشفقة على الأطفال، وهو من أفضل الأعمال.

(**وإن خيف هلاكه.. فواجب**) بأن وجده في مفازة ونحوها.

(**وكذا اللُّقَطَة**) هي واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى، وخص اللقيط ببني آدم، واللُّقَطَة بغيرهم؛ للتميز، وسيأتي باقي أحكامها.

(**وهو**)؛ أي اللقيط (**حر**)؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية، وكذا الدار دار الأحرار.

(**إلا إن ثبت رقه بحجة**).. فحينئذٍ يترك الأصل فيعمل بالحجة لرجحانها.

وفي «قاضي خان»: لو ادعى مسلم أن اللقيط عبده [٧٢٥/ب] فأقام البينة؛ فإنه يقضى له، وإنما تقبل البينة على رقه؛ لأن الملتقط خصم باعتبار اليد، فكانت البينة قائمة على خصم. انتهى.

وَنَفَقَتُهُ مِن بَيتِ المَالِ، وَكَذَا جِنَايَتُهُ، وَإِرثُهُ لَهُ، وَإِن أَنفقَ عَلَيْهِ الْمُلْتَقط.. فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ، إِلَّا أَن يَأْذَنَ الْحَاكِمُ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ، أَو يصدِّقَهُ اللَّقِيطُ إِذا بلغَ.

وَلَا يُؤْخَذ مِن ملتقطِهِ.

(**ونفقته من بيت المال**)؛ على ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، ولأنه مسلم عاجز عن الكسب، ولا مال له، ولا قرابة، فأشبه المقعد الذي لا مال له، ولأن ميراثه لبيت المال، فكذا غرمه؛ لأن الغنم بالغرم.

(**وكذا جنايته وإرثه له**)؛ أي لبيت المال.

(**وإن أنفق عليه الملتقط.. فهو متبرع**)؛ لعدم ولاية الإلزام.

(**إلا أن يأذن الحاكم بشرط الرجوع**) على اللقيط.. فحينئذٍ لا يكون متبرعاً، بل يكون ديناً على اللقيط؛ لأن للقاضي ولاية عليه، فيكون ديناً عليه.

ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي.

وفي الأصح: لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر بدون شرط الرجوع عليه.

(**أو يصدقه اللقيط إذا بلغ**).. فحينئذٍ يكون ديناً عليه أيضاً، وإن لم يشترط القاضي الرجوع؛ لأن له ولاية على نفسه بعد البلوغ، فيعتبر التزامه.

(**ولا يؤخذ**) اللقيط (**من ملتقطه**)؛ لأن يده أسبق إليه، فكان أحق بحفظه، ولم يكن لغيره أن ينتزعه منه إلا بإذنه.

ولو دفعه هو إلى غيره.. ليس له أن يسترده؛ لأنه رضي بإسقاط حقه.

ولو دفعه إلى القاضي.. فللقاضي أن لا يقبله منه؛ لاحتمال أنه ولده دفعه إليه لتكون مؤنته في بيت المال.

وإن أقام بينة أنه لقيط أو علم القاضي بذلك.. فكذلك، له أن لا يقبله منه؛ لأنه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته، ثم أراد أن يعزل نفسه، فلا يسمع منه؛ كالموصى إذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصي؛ كذا في «الزيلعي».

وَإِنِ ادَّعَاهُ وَاحِدٌ.. ثَبتَ نسبُهُ مِنْهُ وَلَو عبداً وَهُوَ حرٌّ، أَو ذِمِّياً وَهُوَ مُسلمٌ إِن لم يكن فِي مقرِّهم، وذِمِّيٌّ إِن كَانَ فِيهِ.

(**وإن ادعاه واحد.. ثبت نسبه منه**)؛ أي إن لم يدع الملتقط أنه ابنه، وإلا.. يثبت نسبه من الملتقط؛ لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد.. فكان صاحب اليد أولى، وإن كان هو ذمياً والخارج مسلماً.

ثم إذا ثبت نسبه منه، فهل يؤخذ من الملتقط؟

قيل: يؤخذ منه؛ لأنه أحق بولده.

وقيل: لا يؤخذ؛ لأن بمجرد ثبوت نسبه منه بإقراره لا يبطل حكم اليد.

وقيل: هذا الاختلاف إذا لم يدع الملتقط نسبه، وإن ادعاه.. لا يؤخذ، ثم هذا استحسان:

والقياس: أن لا يقبل قوله؛ لتضمنه إبطال حق الملتقط.

وجه الاستحسان: أنه إقرار للصبي بما ينفعه؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه.

(**ولو**) كان؛ أي من ادعى نسب اللقيط (**عبداً**)؛ لأن الرق لا يمنع ثبوت [٧٢٦/أ] النسب، (**وهو**) أي اللقيط (**حر**)؛ لأن العبد قد تلد له الحرة، فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك.

(**أو**) كان المدعي نسبَه (**ذمياً، وهو**)؛ أي اللقيط (**مسلم**) أي تبعاً لدار الإسلام، ويكون ابناً للذمي (**إن لم يكن في مقرهم**) بأن وجد في مصر من أمصار المسلمين أو قراهم.

(**وذمي إن كان فيه**)؛ أي في مقرهم من قراهم، أو بيعتهم، أو كنيستهم.

وإن وجده مسلم في مقر الذمي أو بالعكس: ففي رواية كتاب اللقيط: العبرة إلى المكان لسبقه.

وفي رواية كتاب الدعوى: العبرة إلى الواجد لقوة اليد.

وقيل: العبرة إلى الإسلام نظراً للصغير.

وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ مَعاً.. ثَبتَ مِنْهُمَا.

وفي «قاضي خان»: إذا وجد اللقيط في مكان الإسلام فادعى رجل من أهل الذمة أنه ابنه، في القياس: لا تصح دعوة الابنية، وفي «الاستحسان»: يصدق في دعوى النسب دون الميراث.

فإن أقام ذمي بينة من أهل الذمة أنه ابنه: ذكر في الكتاب: أنه لا تجوز شهادتهم على المسلمين.

قيل: أراد به إذا أقام الذمي البينة من أهل الذمة أنه ابنه، وأقام المسلم البينة من المسلمين أنه عبده.. فلا تقبل شهادة أهل الذمة في إبطال بينة المسلم.

وقال بعضهم: أراد به: أن الذمي إذا أقام بينة من أهل الذمة ابتداء أنه ابنه.. لا تقبل بينته؛ لأن الذمّيّ إذا ادّعى النَّسب.. صح دعواه في حكم النَّسب من غير بينة، إلا أنه يكون مسلماً حكماً، فلا يبطل الحكم بإسلامه بهذه البينة، فلا يحكم بكفره بهذه البينة؛ لأن هذه شهادة قامت في حكم الدين على مسلم، فلا تقبل.

وإن كان شهود الذمي مسلمين.. يقضى له به، ويصير تبعاً له في الدين. انتهى.

وفي «البزازية»: إذا كان الملتقط مسلماً فادعاه مسلم أو نصراني أنه ابنه، وأقام بينةَ نصارى.. تقبل؛ كذا عن الإمام.

قال الكرخي: هذا إنما يصح إذا كان الملتقط ذمياً؛ لأن شهود النصارى لا يستحق اليد على المسلم.

وبعض المشايخ قالوا: يستحق في الكل.

ومعنى قوله: يقضي بنسبه من المدعي: القضاء بالنسب مضاف إلى الشهادة؛ لأن النسب ثابت بدونها استحساناً. انتهى.

(**وإن ادعاه اثنان معاً.. ثبت منهما**)؛ لاستوائهما في الدعوى وهو السبب، وهذا إن لم يصف أحدهما.

وَإِن وصَفَ أَحدُهمَا عَلامَةً فِيهِ، أَو سبقَ.. فَهُوَ أَولى وَالْحرُّ وَالْمُسلمُ أَولى مِنَ العَبْدِ وَالذِّمِّيِّ.

وَإِن شُدَّ عَلَيْهِ مَالٌ أَو على دَابَّةٍ هُوَ عَلَيْهَا.. فَهُوَ لَهُ يُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهِ بِأَمْرِ قَاضٍ

(**وإن وصف أحدهما علامة فيه**)؛ أي في اللقيط (**أو سبق**) في الدعوى (**..فهو أولى**) من الذي لم يصفه [٧٢٦/ب] علامة أو لم يسبق فيها؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لموافقة العلامة له، ولثبوت حقه في زمان لا منازع له فيه، هذا عند عدم البينة، وإلا.. فالقول لمن أقام البينة لقوتها.

(**والحر والمسلم أولى من العبد والذمي**)؛ يعني: أن الحر والعبد إذا ادعيا اللقيط وهما خارجان، أو المسلم والذمي إذا ادعياه وهما خارجان دعوى مجردة.. فالحر أولى من العبد، والمسلم أولى من الذمي؛ ترجيحاً لما هو الأنظر في حق اللقيط.

وكذلك إذا أقاما البينة وليست إحداهما أكثر إثباتاً، حتى لو شهد للمسلم ذميان، وللذمي مسلمان.. كان للمسلم؛ لأن بينة كل منهما صحت في حق الآخر، وليست إحداهما أكثر إثباتاً.. فكان المسلم أولى، وأما إذا كانت بينة الكافر أكثر إثباتاً.. فلا يعتبر الترجيح بالإسلام. انتهى.

لو ادعى الذمي صبياً في يد أحد أنه ابنه وُلِدَ على فراشه، وأقام على ذلك شاهدين مسلمين، وأقام عبد مسلم بينة أنه ابنه، وُلِدَ على فراشه من هذه الأمة.. قضي بالصبي للذمي، ولم يترجح العبد بالإسلام؛ لأن بينة الذمي أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت النسب بجميع أحكامه.

وأما إذا كان النزاع بين الملتقط والخارج.. فالترجيح باليد تأكيد لقوتها ولو كان ذمياً.

(**وإن شد عليه**) أي على اللقيط (**أو على دابة هو عليها.. فهو**) أي المشدود (**له**)؛ أي للّقيط اعتباراً بظاهر الحال.

(**ينفق**) أي الملتقط (**منه**) أي من المشدود (**عليه**)؛ أي على اللقيط (**بأمر قاض**)؛

وَقِيلَ: بِدُونِهِ أَيْضاً.

وَله شِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ من طَعَامٍ وَكِسْوَةٍ، وَقبضُ هِبتِهِ، وتسليمُهُ فِي حِرْفَةٍ لَا تَزْوِيجُهُ وتصرُّفُهُ فِي مَالِهِ لغيرِ مَا ذُكِرَ.

وَلَا إِجَارَتُهُ فِي الْأَصَحِّ وَقيلَ: لَهُ إِجَارَتُهُ.

لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه.

(وقيل): يصرفه (بدونه أيضاً)؛ لأنه مال اللقيط ظاهراً، فلا يحتاج إلى أمر القاضي.

(وله)؛ أي للملتقط (شراء ما لا بد له [منه] من طعام وكسوة)؛ لأنهما من قبيل الإنفاق عليه.

(وقبض هبته)؛ لأنه نفع محض (وتسليمه في حرفة)؛ لأنه من باب التأديب وحفظ حاله.

(لا تزويجه)؛ لانعدام سبب ولاية التزويج من القرابة والملك والسلطنة.

(و) لا (تصرفه في ماله لغير ما ذكر) بالبيع ونحوه؛ لأن التصرف في المال: لا يكون إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة، ولم يوجد في الملتقط، ولهذا لا تملك هذه التصرفات الأم أيضاً.

(ولا إجارته في الأصح)؛ لأن الملتقط لا يملك إتلاف منافعه، فأشبه العم، بخلاف الأم؛ لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة.

(وقيل: له إجارته)؛ لأنه يرجع إلى تأديبه.

وليس للملتقط أن يختن اللقيط؛ فإن فعل ذلك [٧٢٧/أ] وهلك من ذلك.. كان ضامناً متأكداً في «قاضي خان» و«الذخيرة».

وفي «قاضي خان» أيضاً: لقيط قذفه إنسان بعد البلوغ.. وجب الحد على قاذفه، ولو قذف إنسان أمه.. لا يجب الحد على القاذف.

* * *

(كتاب اللقطة)

(كتابُ اللُّقَطَة)

هِيَ أَمَانَةٌ إِن شهدَ أَنَّهُ أَخذَهَا ليردَّها على صَاحِبِهَا، ....

(كِتَابُ اللُّقَطَة)

وفي «المصباح» نقلاً عن الأزهري: اللُّقَطَة بضم اللام وفتح القاف: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، على قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين.

وقال الليث: هي بالسكون ولم أسمعه لغيره.

ومنهم من يعد السكون من لحن العوام. انتهى.

ثم شرع في بيان أحكامه، فقال: (**هي أمانة**) عند الملتقط.

قال في «الحاوي القدسي»: هي أمانة في يد الملتقط إذا أشهد أنه أخذها ليحفظها على صاحبها.

فإذا أمن على نفسه أنه إذا أخذها يردها على صاحبها لا محالة أو غالباً.. فالأخذ أولى.

وإن كان لا يأمن على نفسه.. فالترك أولى.

وإذا أخذ فأراد أن يضعها على مكانها وندم على الأخذ ووضعها في ظاهر الرواية.. لا يضمن، وروي: أنه يضمن.

ولو دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي.. ضمن. انتهى.

(**إن أشهد أنه أخذها ليردها على صاحبها**).

اختلفوا في صفة أخذها؛ فالمنقول عن المُتَقَشِّفَة: لا يحل له دفعها؛ لأنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه.. فكان كتناوله.

وفي «قاضي خان»: دفع اللُّقَطَة لصاحبها أفضل من تركها عند عامة العلماء.

وقال بعضهم: يحل رفعها، وتركها أفضل.

وقالت المتقشفة: لا يحل رفعها.

وإِلَّا.. ضَمِنَ. ....

والصحيح: قول علمائنا؛ خصوصاً في زماننا.

سواء كانت اللُّقَطَة دراهم أو دنانير أو عروضاً أو شاة أو حماراً أو بغلاً أو فرساً أو إبلاً. انتهى.

ثم ذكر أن هذا إذا كان في الصحراء؛ فإن كان في القرية.. فالأفضل ترك الدابة لا دفعها، وهكذا في «البزازية».

وأشار بقوله: «لصاحبها» إلى أنَّ دفعها لنفسه لا يجوز بالاتفاق.

ثم هذا الخلاف ليس في مطلقها، بل في نوع منها.. ففي «الخلاصة» و«البزازية»: التقاط اللُّقَطَة على وجهين:

إن خاف ضياعها.. يفترض الرفع.

وإن لم يخف ضياعها.. يباح رفعها.

أجمع العلماء عليه، والأفضل: الرفع في ظاهر المذهب. انتهى.

فالخلاف المذكور: في النوع الثاني، فجعل في «الخلاصة» قول عامة العلماء على ما في «قاضي خان» و«البزازية» ظاهر المذهب.

ثم وجه الحرمة ما مر ذكره في «قاضي خان».

وأما وجه من قال: إنها يحل رفعها؛ فلأنه ﷺ لم ينه عن ذلك، ولا أنكر على من فعله [٧٢٧/ب]، بل أمره بتعريفها.

وأما وجه من قال: إن الأفضل تركها؛ فلأن صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه؛ لأنه وإن لم يذكر خصوص المكان لكنها إذا تركها كل أحد.. فالظاهر أن يجدها صاحبها؛ لأنه لا بد عادة أن يمر في ذلك المكان مرة أخرى في عمره.

(وإلا) أي وإن لم يشهد على أخذها لصاحبها (.. ضمن) بالإجماع إن أقر أنه أخذه لنفسه؛ لأنه أخذ مال الغير بغير إذنه.

وَالْقَوْلُ للْمَالِكِ إِن أَنكرَ أَخذَهُ للرَّدّ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: للملتقِطِ.

وَيَكْفِي فِي الْإِشْهَادِ قَوْلُهُ: مَن سمعتُمُوهُ يَنشُدُ لقطَةً.. فدلُّوهُ عليَّ.

ويُعرِّفُها فِي مَكَانِ أَخذِهَا، ....

وإن قال: أخذت لصاحبها، وكذبه الصاحب.. يضمن عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه أقر بسبب الضمان - وهو أخذ مال الغير - وادعى ما يبرئه، وفيه وقع الشك.. فلا يبرأ.

وقال أبو يوسف: لا يضمن؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لاختياره الحسبة دون المعصية، وإلى هذا أشار بقوله: (**والقول للمالك إن أنكر**) المالك (**أخذه للرد**.

وعند أبي يوسف: للملتقط) به. الأصح: قولهما؛ لأن ما ذكره أبو يوسف من الظاهر: يعارضه مثله؛ من أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، كذا قالوا.

لكن قال في «الحاوي القدسي»: إذا هلكت في يده؛ إن أشهد حين أخذ، فقال إني وجدت لقطة ممن ينشدها دلّوه علي.. لا يضمن، ولو لم يشهد.. ضمن عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يضمن إذا حلف أنه أخذها ليردها على صاحبها، وبه نأخذ. انتهى.

(**ويكفي في الإشهاد قوله: من سمعتموه ينشد**) أي يطلب (**لقطة.. فدلّوه علي**).

وفي «الخلاصة» عن شمس الأئمة الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف: أن يشهد عند الأخذ ويقول: أخذتها لأردّها على صاحبها؛ فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك.. كفى.

(**ويعرفها في مكان أخذها**).

وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها جهراً لا سراً؛ فإن وجد في الطريق ولم يجد أحداً.. أشهد عليه، أو خاف أنه لو أشهد عليه عند الرفع يأخذه منه الظالم فترك الإشهاد.. لا يكون ضامناً، ويشهد إذا ظفر بمن يشهده؛ فإذا فعل.. لا يضمن.

وَفِي المجامِعِ مُدَّةً يغلِبُ على ظَنِّهِ طَلَبُ صَاحِبِهَا بعْدَهَا هُوَ الصَّحِيحُ.

وَقِيلَ: إِن كَانَت عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَأَكْثرَ.. فحولاً، وَإِن كَانَت أَقَلَّ.. فأياماً.

وَمَا لَا يبْقى.. يُعَرَّفُ إِلَى أَن يُخَافَ فَسَادُهُ، ثمَّ يَتَصَدَّقُ بهَا إِن شَاءَ؛ ......

فإذا وجد من يشهده ولم يشهده حتى جاوز.. يضمن؛ لأنه ترك الإشهاد مع القدرة عليه؛ فإن لم يظهر المالك.. يتصدق.

(**وفي المجامع**) من الأسواق والمساجد والشوارع (**مدة**) - ظرف ليعرّفها - (**يغلب على ظنه عدم طلب صاحبها بعدها**)؛ بأن يقول: من ضاع له شيء.. فليطلبه عندي (**هو الصحيح**) عند أكثر المشايخ.

(**وقيل: إن كانت**) اللُّقَطَة (**عشرة دراهم فأكثر.. فحولاً، وإن كانت أقل.. فأياماً**)؛ على حسب ما يراه الملتقط.

قيل هذا رواية عن أبي حنيفة.

وقدّره محمد في «الأصل» [٧٢٨/أ]: بالحول، من غير فصل بين الكثير والقليل، وهو قول الشافعي، لقوله ﷺ: «من التقط شيئاً.. فليعرفه سنة» من غير فصل.

ووجه الأول: أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف دينار، والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة، وتعلق استحلال الفرج به، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة.. فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه.. ففوضنا إلى رأي المبتلى به.

(**وما لا يبقى**) من الأطعمة المعدّة للأكل ومن الثمار وغيرهما (.. **يعرف إلى أن يخاف فساده**)؛ لأن بعد الفساد لا فائدة في التعريف.

(**ثم يتصدق بها**)؛ أي اللُّقَطَة مطلقاً (**إن شاء**) إيصالاً للحق إلى المستحق بقدر الإمكان، وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها، وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته التصدق بها.

فَإِن جَاءَ رَبُّهَا بعدَهُ.. أجَازَهُ إن شاء وأَجرُهُ لَهُ.
أَو ضمنَ الْمُلْتَقطُ أَوِ الْفَقِيرُ لو هالكةً.
وَأيُّهمَا ضَمِنَ.. لَا يرجعُ على الآخرِ.
ويأخذُها مِنْهُ إِن بَاقِيَةً.

(**فإن جاء ربُّها بعده**) أي بعد التصدق (.. **أجازه إن شاء، وأجره له**) أي لصاحبه، (**أو ضمن الملتقط**)؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه، إلا أنه بإباحة من جهة الشرع، وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد؛ كما في تناول مال الغير حالة المخمصة.

(**أو الفقير لو هالكة**) في يده؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه.

(**وأيهما ضمن.. لا يرجع على الآخر**)؛ أما الملتقط: فلأنه ملكها من وقت الضمان، فيكون متصدقاً بماله، فلا يضمن غيره، وأما الفقير: فلأنه عوض ما وصل إليه.

(**ويأخذها منه**) أي من الفقير (**إن باقية**)؛ لأنه وجد عين ماله.

وفي «الخلاصة»: ويعرفها حيث يجدها؛ فإن لم يظهر المالك.. يتصدق؛ فإذا حضر المالك.. يخير بين أن يكون الثواب له، وبين أن يضمنه القيمة.

قال القاضي أبو جعفر: إن تصدق بإذن القاضي.. ليس له أن يضمنه.

فإن كانت قائمة في يد الفقير.. أخذه المالك؛ فإن كان الملتقط محتاجاً.. له أن يصرف اللُّقَطَة إلى نفسه بعد التعريف، وإن كان غنياً.. ليس له ذلك.

وفي «النوادر»: يرفع الأمر إلى الإمام بالخيار؛ إن شاء.. قبل، وإن شاء.. لم يقبل.

فإذا قبل؛ إن شاء.. عجل صدقتها، وإن شاء.. أقرضها من رجل مليء، وإن شاء.. دفعها مضاربة، وإن شاء.. ردها على الملتقط.

ثم هو بالخيار؛ إن شاء.. أدام الحفظ إلى أن يظهر الطالب، وإن شاء.. تصدق على أن يكون الثواب [٧٢٨/ب] لصاحبها، وإن شاء.. باعها إن لم تكن دراهم أو دنانير وأمسك ثمنها.

ثم بعد ذلك؛ إن حضر مالكها: ليس له نقض البيع إن كان البيع بأمر القاضي، وإن باع بغير أمر القاضي وهي قائمة؛ فإن شاء.. أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء.. أبطل البيع وأخذ عين ماله.

فإن هلكت؛ إن شاء.. ضمن البائع، وعند ذلك ينفذ البيع من جهة البائع في ظاهر الرواية، وبه أخذ عامة المشايخ.

ثم اعلم: أن ما يجده الملتقط نوعان:

نوع لا يطلبه مالكه؛ كالنواة وقشور الرمان والبطيخ في مواضع متفرقة.. له أن يأخذها وينتفع بها، ولكن لا يصير ملكاً للآخذ، حتى لو وجدها صاحبها في يده.. له أن يأخذها، إلا إذا كان قال حالة الرمي: من أخذه فهو له لقوم معلومين، وكذا الحكم في التقاط السنابل، لكن أخذه بعد جمع غيره يعد دناءة.

وقال بعض المشايخ: ليس للرامي أخذها وإن لم يقل وقت الإلقاء: من أخذه فهو له، لقوم معلومين.

ونوع يطلبه مالكه؛ كالنقدين والعروض ونحوها.. فيأخذه ويحفظه إلى أن يوجد صاحبه.

والقشور والنواة إن كانت مجتمعة.. فهي من النوع الثاني.

وإن وجد جوزة، ثم أخرى، ثم أخرى حتى بلغت عشراً وصارت لها قيمة؛ إن وجدها في موضع واحد.. فهو من النوع الثاني، وإن وجدها في مواضع متفرقة.. فقد اختلف المشايخ فيه:

والمختار: أنها من النوع الثاني، وهو الأحوط؛ على ما في «البزازية».

وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ.

وَيجوزُ الْتِقَاطُ الْبَهِيمَةِ، ....

التفاح والكمثري: إن وجد في الماء.. يجوز أخذه وإن كثر؛ لأنه يفسد بالماء.

وجعل في «الخلاصة» الحطب كالتفاح والكمثري في الماء.

وفصله في «البزازية» وقال: والحطب في الماء؛ إن لم يكن له قيمة.. يأخذه، وإن كان له قيمة.. فهو لقطة.

(**ولقطة الحل والحرم سواء**).

وقال الشافعي: يجب التعريف أبداً إلى أن يجيء صاحبها في لقطة الحرم؛ لقوله ﷺ في لقطة مكة: «لا تحل لقطتها إلا لمنشدها»:

ولنا: قوله ﷺ: «اعرف عقاصها ووكائها، ثم عرفها سنة» بلا فصل بينهما، ولأنها لقطة، وفي التصدق بعد مدة التعريف: إبقاء ملك المالك من حيث يحصل الثواب له، فيملكه كما في سائر اللقطات.

وتأويل ما رواه: أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف.

فإن قيل: هذا الحكم ليس بمختص بالحرم؛ لأنه لا يحل الالتقاط في غيره أيضاً إلا للتعريف والحفظ.

قلنا: إنما خصه بالحرم [٧٢٩/أ]؛ لأن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء؛ لأن الناس يأتونها من كل فج عميق، ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع لهم إليها، فالظاهر: أنها للغرباء، ولا يظن عودهم في سنة وأكثر، فينبغي أن يسقط التعريف؛ لعدم الفائدة فيه، فأزاله النبي ﷺ بتخصيصها بالذكر.

(**ويجوز التقاط البهيمة**) شاة أو بقراً أو بعيراً؛ لأنها لقطة يتوهم ضياعها، فيستحب أخذها وتعريفها؛ صيانة لها؛ هذا إذا كان في الصحراء.

وإذا كان في القرية.. فتركها أفضل؛ كذا في «قاضي خان»، وقد ذكرناه.

وقال الشافعي: ترك البهيمة أفضل مطلقاً.

وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي إِنْفَاقِهِ عَلَيْهَا بِلَا إِذنِ حَاكِمٍ، وَإِن بِإِذْنِهِ بِشَرْطِ الرُّجُوعِ.. فَدَينٌ على رَبِّهَا، لَهُ أن يحبِسَها عَنهُ حَتَّى يَأْخُذَهُ؛ فَإِنِ امْتنعَ.. بِيعَتْ فِي النَّفَقَةِ؛ فَإِن هَلَكَتْ بعدَ الْحَبْسِ.. سقطَ، وَإِن قبلَهُ.. لَا ويؤَجِّرُ القَاضِي مَا لَهُ مَنْفَعَةٌ، وَيُنْفِقُ مِنْهَا.

وَمَا لَا مَنْفَعَة لَهُ.. يَأْذَنُ بالإنفاقِ إِنْ أَصْلَحُ ....

(وهو متبرع في إنفاقه عليها بلا إذن حاكم)؛ لقصور ولايته عن أن يشغل ذمة المالك بالدين بلا أمره.

(وإن) أنفق (بإذنه بشرط الرجوع) على صاحبها (.. فدين على ربّها)؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له، وقد يكون النظر بالإنفاق.

(له)؛ أي: للمنفِق بإذن الحاكم: (أن يحبسها عنه حتى يأخذه)؛ أي يأخذ ما أنفق.

(فإن امتنع) عن الأداء (.. بيعت) اللُّقَطَة (في النفقة)؛ لأنها حية بنفقته.

(فإن هلكت بعد الحبس.. سقط) دين النفقة؛ لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن.

(وإن قبله.. لا) يسقط.

(ويؤجر القاضي ما) أي بهيمة (له منفعة) في إيجاره، (وينفق منها) أي من الأجرة؛ لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير التزام الدين عليه؛ كما فعله بالعبد الآبق.

(وما لا منفعة له.. يأذن) للملتقط (بالإنفاق إن) كان الإنفاق (أصلح)؛ لأنه نصب ناظراً، وفي هذا نظر من الجانبين؛ جانب المالك بإبقاء عين ماله، وجانب الملتقط بالرجوع.

قال المشايخ: إنما يأذن بالإنفاق يوماً أو ثلاثة على قدر ما يرجى أن يظهر مالكها؛ فإذا لم يظهر.. يأمر ببيعها؛ لأن دارَّة النفقة مستأصلة للعين معنى، بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها، ولا نظر في ذلك أصلاً، بل ينبغي أن لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به؛ للتيقن بعدم النظر.

وإذا باعها.. أعطي الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة؛ لأن الثمن

إِذا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لقطَةٌ.

وَإِن قَالَ: لَا بَيِّنَة لي.. يَقُولُ لَهُ: أَنْفق عَلَيْهَا إِن كنتَ صَادِقاً، وإِلَّا.. بَاعَهُ وَأَمرَ بِحِفْظِ ثمنِهِ.

وللملتقِط أَن ينْتَفعَ باللُّقَطَةِ بعدَ التَّعْرِيفِ لَو فَقِيراً، ....

مال صاحبها، والنفقة دين عليه بعلم القاضي، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه.. كان له أن يأخذه.

ولو باعها بغير أمر القاضي.. لا ينفذ، ويتوقف على إجازة المالك؛ فإن أجاز وهي قائمة في [٧٢٩/ب] يد المشتري؛ فإن شاء.. أجاز البيع، وإن شاء.. أبطله وأخذها من يده.

وإن جاء وهي هالكة؛ فإن شاء.. ضمن المشتري قيمتها، وإن شاء.. ضمن البائع.

فإن ضمن البائع.. نفذ البيع؛ لأنه ملك اللُّقَطَة بالضمان من حين أخذها، وكان الثمن ملك البائع، ويتصدق بما زاد على القيمة؛ كذا في «فتح القدير». ولكن هذا فيما (**إذا أقام**) الملتقط (**البينة أنها لقطة**) عنده؛ لأنه يحتمل أن يكون غصباً عنده، فلا يؤمر فيه بالإنفاق، فلا بد من البينة لكشف الحال لا للقضاء، حتى يحتاج فيها إلى الخصم؛ كذا في «المبسوط» وصححه في «الهداية».

وقال في «الذخيرة»: الإمام خصم فيها عن صاحبها.

(**وإن قال**) الملتقط: (**لا بينة لي.. يقول له**) القاضي: (**أنفق عليها إن كنت صادقاً**) في قولك، فيرجع على المالك إن كان صادقاً، وإلا.. فلا.

(**وإلا**) أي: وإن لم يكن الإنفاق عليها أصلح (**.. باعه**) القاضي (**وأمر**) الملتقط (**بحفظ ثمنه**)؛ إبقاء له معنى عند تعذر إبقاء عينه.

وقد ذكرنا: أنه يأمره بالبيع بعد ثلاثة أيام.

(**وللملتقط أن ينتفع باللُّقَطَة بعد التعريف لو فقيراً**)؛ لما فيه من النظر للجانبين: الثواب للمالك، والانتفاع للملتقط.

وَإِن غَنِياً.. تصدَّقَ بهَا، وَلَو على أَبَوَيْهِ، أَو وَلَده، أَو زَوجتِهِ لَو فُقَرَاء.

وَإِن كَانَت حقيرةً؛ كالنَّوى وقُشُورِ الرُّمَّانِ والسُّنْبُلِ بعدِ الْحَصادِ.. يُنْتَفَعُ بهَا بِدُونِ تَعْرِيفٍ.

وللمالكِ أَخذُهَا.

وَلَا يجبُ دفعُ اللُّقَطَة إِلَى مدَّعيها إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

وَيحلُّ إِن بَيَّنَ علامَتَها مِن غيرِ جَبْرٍ.

(وإن غنياً.. تصدق بها) على فقير؛ إذ لا تصدق إلا على فقير.

(ولو على أبويه أو ولده أو زوجته لو فقراء)؛ لأنهم حينئذ مصارف.

(وإن كانت) اللُّقَطَة (حقيرة كالنوى وقشور الرمان والسنبل بعد الحصاد.. ينتفع بها) الملتقط؛ على ما ذكرناه من التفصيل (بدون تعريف.

وللمالك أخذها) لو باقية؛ لبقاء ملكه فيه، لكنه يعد دناءة.

(ولا يجب دفع اللُّقَطَة إلى مدعيها إلا ببينة، ويحل) أن يدفعها إليه (إن بين علامتها)؛ مثل إن سمى وزن الدراهم وعددها ووكائها ووعائها (من غير جبر) من القاضي؛ لأن اليد حق مقصود كالملك.. فلا يستحق إلا بحجة، وهي البينة؛ اعتباراً بالملك، إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها.. فادفعها إليه»، وهذا الأمر للإباحة لا للوجوب، وإلا.. لزم التعارض مع قوله ﷺ: «البينة للمدعي، واليمين على من أنكر»، فحمل على الإباحة دفعاً للتعارض.

قال في «الهداية»: ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليه بالعلامة فقط استيثاقاً، وهذا بلا خلاف؛ لأنه يأخذ كفيلاً لنفس الملتقط [٧٣٠/أ].

بخلاف التكفيل لوارث غائب ولغريمه عند أبي حنيفة؛ فإنه إذا قسمت تركة الغائب بين الورثة أو الغرماء.. لا يؤخذ من الورثة ولا من الغرماء كفيل عنده، وعندهما: يؤخذ.

والفرق لأبي حنيفة: أن حق الحاضر هنا غير ثابت، فيمكن أن يكون المالك غيره فيجيء ويتوارى الآخذ فيحتاط بالكفيل، بخلاف الميراث؛ فإن حق الحاضر معلوم ثابت، وكون غيره أيضاً له حق أمر موهوم، فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم:

وأما إذا دفعها إليه بإقامة البينة لا بمجرد ذكر العلامة، ففي أخذ الكفيل فيه عن أبي حنيفة روايتان، والصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً؛ على ما في «العناية» و«فتح القدير»:

وقال في فصل القضاء بالمواريث من «الهداية»: إن في أخذ الكفيل عند دفع اللُّقَطَة بالعلامة روايتين، والصحيح أنه على الخلاف؛ على قول أبي حنيفة: لا يأخذ، وعلى قولهما: يأخذ، وهذا ينافي ما ذكره ههنا من نفي الخلاف بقوله: «بلا خلاف»، ثم هذا فيما إذا دفعه بمجرد العلامة بدون التصديق منه؛ فإن صدقه مع العلامة أو لا معها.. فلا شك في جواز دفعه إليه.

لكنه هل يجبر أم لا؟ قيل: يجبر كما لو أقام بينة، وقيل: لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع.. لا يجبره القاضي على دفعها إليه.

ودفع هذا القول بالفرق:

أن المالك الآخذ لهذه اللُّقَطَة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر.

والمودع في مسألة الوديعة مالك ظاهر، وإنما أقر للحاضر بحق قبضها ملك الغير لا يلزمه إقباضه؛ لأنه إقرار على ملك الغير.

ثم إذا دفع بالتصديق أو بمجرد العلامة، وجاء آخر أقام البينة أنها له؛ إن كانت قائمة في يد المدعي.. قضي له بها وهو ظاهر، وإن كانت هالكة.. خير بين أن يضمن القابض أو الملتقط.

فإذا ضمن القابض.. لا يرجع على أحد، وإن ضمن الملتقط.. ففي رواية: لا يرجع على القابض وهو قول الإمام أحمد؛ فيما إذا كان الدفع بتصديقه، وفي رواية: يرجع، وفي «فتح القدير»: وهو الصحيح.

وجه قول أحمد: أن الملتقط اعترف بأنه مالكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه، فلا يظلمه هو، وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه، ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه.. لا يرجع على الوكيل لزعمه أن الوكيل قبضه بأمره والمودع ظالم في تضمينه.

ولنا: أنه [٧٣٠/ب] وإن صدقه في الملك، لكنه لما قضى بالملك لصاحب البينة.. فقد صار مكذباً شرعاً بتكذيب القاضي، فبطل إقراره، وصار كأنه دفع بلا تصديق، ثم ظهر الأمر بخلافه، وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استحقه غيره ببينة فقضي به له.. يرجع على البائع.

وقال في «المبسوط» في الفرق بينهما: إن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بأمره، وليس بضامن، بل المودع ظلمه بتضمينه إياه، ومن ظلم.. لا يظلم غيره، وههنا في زعمه أن القابض اللُّقَطَة عامل لنفسه، وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة.. فكان له أن يرجع عليه بما ضمن. انتهى.

* * *

(كتاب الآبق)

(كتابُ الْآبِقِ)

نُدِبَ أَخذُهُ لِمَن قويَ عَلَيْهِ.

وَكَذَا الضَّالُّ.

وَقيلَ: تَركُهُ أَفضَلُ.

ويُرفعانِ إِلَى الْحَاكِمِ فَيَحْبِسُ الْآبِقَ دونَ الضَّالِّ.

(كِتَابُ الآبِقِ)

يقال: أبق العبد: إذا هرب من سيده من غير خوف، ولا كد عمل، والإباق بالكسر: اسم منه، فهو آبق، كذا في «المصباح».

(**ندب أخذه لمن قوي عليه**)؛ لما فيه من إحيائه.

(**وكذا الضال**) وهو الذي لم يهتد إلى طريق منزله من غير قصد.

(**وقيل: تركه أفضل**)؛ لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك، ولا كذلك الآبق.

(**ويرفعان**)؛ أي الآبق والضال (**إلى الحاكم**) على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي، وعلى ما اختاره شمس الأئمة الحلواني: أن الواجد فيهما مخير إن شاء حفظه بنفسه، وإن شاء رفعه إلى الحاكم، وعلى هذا الضال والضالة من الإبل وغيرها.

(**فيحبس الآبق**) عند الحاكم تعزيراً له؛ ولأنه لا يؤمن عليه الإباق ثانياً، وإذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه.. باعه الحاكم ويحفظ ثمنه.

(**دون الضال**)؛ لعدم ما ذكرنا في الآبق، وإذا حبس الحاكم، أو الإمام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده.. يستحلفه بالله أنه باق إلى الآن في ملكك ولم يخرج ببيع ولا هبة؛ فإذا حلف.. دفعه إليه، وهذا لاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بثبوت [ملكه على] وجه زواله بسبب لا يعلمونه، وإنما يستحلفه مع عدم

وَلِمَن رَدَّهُ مِن مُدَّةِ سَفَرٍ: أَرْبَعُونَ درهماً.

خصم يدعي لصيانة قضائه عن الخطأ، ونظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر، أو موهوب له.

ثم إذا دفعه إليه عن بينة: ففي أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان.

وكما يدفعه بالبينة.. يدفعه بإقرار العبد أنه له، ويأخذ من المدفوع إليه هنا كفيلاً رواية واحدة.

وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال، ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال [١/٧٣١].

بخلاف اللقيط: لا يؤخذ منه إذا كثر مال بيت المال؛ لأنه كان مستحقاً له بفقره وعجزه عن الكسب، بخلاف مالك العبد.

وإذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته.. باعه القاضي وأمسك ثمنه بعد أخذ ما أنفق لبيت المال منه؛ فإن جاء مالكه وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري.. لا يأخذه، ولا ينتقض بيع القاضي؛ لأنه كحكمه.

وأما ما وقع في «فتاوى» مشايخ الإسلام: «من أن مالكه إذا كان عسكرياً وجاء وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري يأخذه منه وينقض بيع القاضي».. **فبناءً على القانون العثمانية** حفظاً لمال غزاة المسلمين، لا على قول الفقهاء والأئمة.

بخلاف الضال إذا طالت مدته؛ فإنه يؤاجره وينفق عليه من أجرته؛ لأنه لا يخشى إباقه.. فلا يبيعه.

وأما الآبق: فيخشى إباقه.. فيبيعه ولا يؤاجره.

(ولمن رده)؛ أي: الآبق سواء كان الراد واحداً أو اثنين، وإن كان اثنين.. يجعل الجعل بينهما على السواء؛ كما في «الحاوي القدسي».

(من مدة سفر) ثلاثة أيام فصاعداً: **(أربعون درهماً)** في «الاستحسان».

وَإِن كَانَت قِيمَتُهُ أقلَّ مِن أَرْبَعِينَ.. فَقيمتُهُ إِلَّا درهماً عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: أَرْبَعُونَ.

وَإِن ردَّهُ مِن دونِهَا.. فبِحسابِهِ.

والقياس: أن لا يكون شيء إلا بالشرط؛ بأن يقول: من رد علي عبدي.. فله كذا وهو قول الشافعي؛ لأنه متبرع فيما أنفق وأتلف من ماله، فأشبه العبد الضال واللُّقَطَة.

وجه الاستحسان: إجماع الصحابة؛ لأنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل، واختلفوا في مقداره:

منهم: من أوجب أربعين درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً واثني عشر درهماً.

ومنهم: من أوجب ديناراً وعشرة دراهم.

ومنهم: من أوجب عشرة دراهم في المصر وأربعين في الخارج.

فأوجبنا: الأربعين في مسيرة السفر، وما فوقها، وما دونها: فيما دون مسيرة السفر توفيقاً وتلفيقاً بين الأدلة، والتقدير في المقدرات الشرعية: بالسمع، ولا سمع في الضال واللُّقَطَة.. فامتنع التقدير في الرأي، وليس في معنى الآبق حتى يلحق به؛ لأن الحاجة إلى صيانة الضال دون الحاجة إلى صيانة الآبق.

(وإن كانت قيمته) - أي: قيمة الآبق - **(أقل من أربعين.. فقيمته إلا درهماً عند محمد)**.

وفي «شرح الطحاوي»: ذكر أبا حنيفة مع محمد؛ لأن المقصود حمل الغير على الرد ليحيا مال المالك فيقبض بشيء ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة.

(وعند أبي يوسف: أربعون)؛ لأن التقدير بها ثبت بالنص.. فلا ينقص عنها كما لا يزاد.

ولهذا: لا يجوز الصلح [٧٣١/ب] على الزيادة، بخلاف الصلح على الأقل؛ لأنه حط منه فيجوز مثل حط الكل.

وَإِن أَبَقَ مِنْهُ.. لَا يَضْمَنُ إِن أَشهدَ أَنَّهُ أَخذَهُ لِيَرُدَّهُ.

(**وإن رده من دونها**)؛ أي: من دون مدة السفر (.. **فبحسابه**)؛ فيقسم الأربعون على الأيام الثلاثة؛ لأن العوض يوضع على المعوض ضرورة المقابلة.

وفي رواية «الأصل»: أنه يرضخ له باصطلاحهما، أو يفوض إلى رأي القاضي.

(**وإن أبق منه**) - أي: من الآخذ - (**لا يضمن**)؛ لأنه أمانة في يده، لكن هذا (**إن أشهد أنه أخذه ليرده**) على صاحبه؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه، ولا شيء له من الجعل؛ لأن الراد في معنى البائع من المالك؛ لأن عامة منافع العبد زالت بالإباق، وإنما يستفيدها المولى بالرد بمال يجب عليه، والبائع إذا هلك في يده المبيع.. سقط ثمنه، كذلك ههنا سقط الجعل؛ ولكونه في معنى البائع.. له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيع؛ لاستيفاء الثمن.

وكذا إذا مات في يد الآخذ.. لا شيء عليه، لما ذكرناه أنه أمانة في يده.

ولو أعتقه المولى كما لقيه قبل قبضه.. صار بذلك الإعتاق قابضاً فيجب عليه الجعل؛ كما في العبد المشترى إذا أعتقه المشتري قبل قبضه.. يصير به قابضاً ويجب الثمن.

وكذا إذا باعه المولى من الراد قبل قبضه.. يصير به قابضاً؛ لسلامة بدله وهو الثمن له.

فإن قيل: للرد حكم البيع من المالك على ما ذكرناه آنفاً، فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز.

أجيب: بأنه بيع من وجه لا من كل وجه، فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض.. فجاز.

فإن قيل: إن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمان.. فينبغي أن يلحق هذا بالبيع الحقيقي في الحرمة.

وإِلَّا.. فَلَا شَيْءَ لَهُ وَيَضمنُ إن أَبَقَ مِنْهُ، ....

أجيب: بأن هذه شبهة الشبهة، ولا عبرة بها، وهذا؛ لأنه لو شرط رضاء المالك.. كان الثابت الشبهة؛ لأنه ملكه حقيقةً، فمع عدم الرضاء: شبهة الشبهة، كذا في «فتح القدير».

ولو دبره كما لقيه قبل قبضه.. لم يكن بذلك قابضاً؛ لأن التدبير ليس بإتلاف للمالية كالإعتاق، فلا يصير المولى بذلك قابضاً ما لم يصل إلى يده.

(**وإلا**) - أي: وإن لم يشهد - (**فلا شيء له**) من الجعل؛ لأن ترك الإشهاد أمارةٌ أنه أخذه لنفسه وصار كمن اشتراه من الآخذ، أو اتهبه، أو ورثه فيرده على مولاه.. لا جعل له؛ لأنه ردّه لنفسه، إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده.. فيكون له الجعل [٧٣٢/أ] وهو متبرع في أداء الثمن.

وهذا - أي اشتراط الإشهاد - **لسقوط الضمان** من الراد إذا مات عنده، أو أبق عنده.

ولاستحقاقه الجعل على قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا ضمان عليه؛ أشهد أو لم يشهد، إذا قال: أخذته لأرده.

والقول قوله في ذلك مع يمينه إذا علم أنه كان آبقاً.

فلو أنكر المولى إباقه.. فالقول له؛ لأن سبب الضمان - وهو أخذه مال الغير بغير إذنه - ظهر من الردّ، ثم ادّعى ما سقطه وهو إذن الشارع بإباقه والمالك منكر، ولذا: لا يجب الجعل إذا جاء به وأنكر المولى إباقه، إلا إن شهد شهود أنه آبق من مولاه، أو شهدوا على إقرار المولى بإباقه.

(**ويضمن إن أبق منه**)؛ أي: من الآخذ؛ لما ذكرناه من أن الأخذ بدون الإشهاد أمارة الأخذ لنفسه.

وَجُعِلَ الرَّهْنُ على الْمُرْتَهنِ، وَجُعِلَ الْجَانِي على الْمولى إن فدَاهُ، وعَلى وليّ الْجِنَايَةِ إِن دَفَعَهُ.

وَجُعِلَ الْمَدْيُونُ مِن ثمنِهِ.

وَيَقدَّمُ على الدَّينِ إِن بِيعَ فِيهِ.

وعَلى الْمولى إِن أَدَّاهُ عَنهُ.

وَجُعِلَ الْمَوْهُوبُ على الْمَوْهُوبِ لَهُ.

وَإِن رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هِبتِهِ بعدَ الرَّدِّ.

(وجعل) - العبد الآبق - (**الرهن على المرتهن**)؛ لأن الراد أحيا المالية التي هي حق المرتهن؛ إذ استيفاء حقه منها، والجعل بمقابلة إحياء المالية، فيكون عليه؛ سواء ردّه في حياة الراهن، أو بعد موته؛ وسواء كان قيمته مثل الدين، أو أقل منه.

وإن كانت أكثر منه.. فبقدر الدين على المرتهن، وجعل الزائد على الراهن.

(**وجعل**) - العبد الآبق - (**الجاني على المولى إن فداه**)؛ لعود المنفعة إليه.

(**وعلى ولي الجناية إن دفعه**) المولى إليه؛ لعود المنفعة إلى وليّ الجناية.

(**وجعل**) - العبد الآبق - (**المديون من ثمنه**) إن اختار المولى بيعه.

(**ويقدم**) الجعل (**على الدين إن بيع**) العبد (**فيه**)، أي: في الدين.

(**وعلى المولى إن أداه**)؛ أي: إن أدى المولى دين المديون (**عنه**)؛ أي: المديون؛ لأن الجعل مؤنة الملك، والملك في العبد المديون كالموقوف.. فيجب على من يستقر له.

(**وجعل الموهوب على الموهوب له وإن**) - وصلية - (**رجع الواهب في هبته بعد الرد**)؛ أي: رد الموهوب الآبق؛ لأن منفعته للواهب ما حصلت بالرد، بل يترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد بما يمنع رجوع الواهب في هبته من البيع والهبة إلى الغير، ونحو ذلك من موانع الرجوع في الهبة.

وَأَمْرُ نَفَقَتِهِ كاللُّقَطَةِ وَالْمُدبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ كالقِنّ.

ولم يذكر جعل العبد الأمانة، فهو على سيده على ما في «شرح المنظومة».

(وأمر نفقته) - أي: نفقة الآبق - **(كاللُّقَطَة)** على ما مر؛ لأنه لقطة حقيقة، فلو أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي.. كان متبرعاً، وبإذنه.. كان له الرجوع، بشرط أن يقول: على أن ترجع، على الأصح.

وله أن يحبسه لنفقة الدين؛ فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه [٧٣٢/ب].. باعه القاضي ويحفظ ثمنه، ولا يؤجره القاضي، بخلاف اللُّقَطَة، ولكن يحبسه تعزيراً له، بخلاف الضال، كذا في «المنح».

وقال في «الفصولين»: السلطان إذا ظفر بعبد آبق.. فهو بالخيار:

إن شاء.. أمسكه وأنفق عليه من بيت المال، فيكون ديناً على صاحبه أو في ثمنه.

وإن شاء.. باعه، والأولى: أن لا يعجل بيعه؛ فإن طال إمساكه.. فحينئذٍ يبيعه، ولا يؤجره، بخلاف الضال حيث يؤجره.

وقال في «الخانية»: الرجل إذا أخذ عبداً آبقاً ورفع الأمر إلى القاضي.. فإن القاضي يأمر الذي في يديه أن ينفق عليه ويرجع على الولي بذلك، ولا يأمر العبد بالاكتساب كي لا يأبق. انتهى.

وفي «النوازل»: كسب الآبق لمولاه؛ لأنه كسب عبده، وإن أجره الراد.. فالأجرة له، ولكن يتصدق بها.

(والمدبر وأم الولد كالقن) في لزوم الجعل؛ لأنهما ملكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فجعلهما حينها: إبقاء على المولى، هذا إذا كان الرد في حياة المولى؛ لأن فيه إحياء ملكه، ولو ردهما بعد مماته.. فلا جعل فيهما؛ لأنهما يعتقان بموت المولى، ولا جعل في رد المكاتب؛ لأنه ليس بمملوك يداً.

وَإِن كَانَ الرَّادُّ أَبَ الْمولى، أَوِ ابْنَهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أَو وَصِيَّهُ، أَو أحدَ الزَّوْجَيْنِ.. فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَالْمَالِكُ الصَّبِيُّ كَالْبَالِغِ.

(وإن كان الراد أب المولى أو ابنه، وهو)؛ أي: كل منهما (في عياله)؛ أي: عيال المولى، (أو وصيّه، أو أحد الزوجين.. فلا شيء له)؛ أي: للراد من الجعل؛ لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة، ولأن الوصي هو الذي يتولى الرد فيه بنفسه للصبي.

(والمالك الصبي كالبالغ) حيث يكون الجعل في ماله؛ لأنه مؤنة ملكه.

قال في «شرح المنظومة»: صاحب العبد الآبق على سبعة أوجه: رجل أو امرأة، أو حر أو عبد، أو مسلم أو ذمي، أو كبير أو صغير، مفيق أو مجنون، مكاتب أو مستسعى، غني أو فقير، وفي كلها: عليه الجعل. انتهى.

فكأنه جعل كل زوجين وجهاً واحداً.

* * *

(كتاب المفقود)

(كتابُ الْمَفْقُودِ)

هُوَ غَائِبٌ لَا يُدْرَى مَكَانُهُ، وَلَا حَيَاتُهُ، وَلَا مَوتُهُ.

فينصِّبُ لَهُ القَاضِي مَن يحفظُ مَالَهُ ويستوفي حَقَّهُ ....

(كِتَابُ المَفْقُود)

(هو) في الشرع: (غائب لا يدرى مكانه، ولا حياته، ولا موته).

ثم شرع في بيان حكمه فقال: (**فينصب له القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه**)؛ لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه؛ كالصبي والمجنون، والمفقود: كذلك.

والمراد باستيفاء حقه: أن يقبض غلات عقاراته، والدين الذي أقر به غريمه؛ لأنه من باب الحفظ، ويخاصم في كل دين وجب بعقد نفسه؛ لأنه أصيل في حقوق هذا الدين، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود بنفسه [٧٣٣/أ]، ولا في نصيب له في عقار، أو عروض في يد رجل، ولا في حقوق جحدها من هي عنده أو عليه؛ لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف؛ لأنه يلي الحفظ دون الخصومة فكذا نائبه.

وإنما الخلاف في الوكيل من جهة المالك بقبض الدين، هل يملك الخصومة أم لا؟

عند أبي حنيفة: يملكها.

وعندهما: لا على ما في محله.

فإذا لم يملك وكيل القاضي الخصومة؛ فلو قضى القاضي بخصومته.. كان قاضياً بالدين للغائب وقاضياً عليه، فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً، أو وديعة، أو شركة في عقار، أو رقيق، أو رد بعيب، أو مطالبة لاستحقاق، والقضاء للغائب وعلى الغائب.. لا يجوز، والبينة عليه: لا تسمع؛ لأنهما إنما يسمعان على خصمٍ

مِمَّا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ وَيَبِيعُ مَا يُخَافُ عَلَيْهِ مِن مَالِهِ، ....

حاضر، وهذا الوكيل ليس خصماً، والورثة إنما يصيرون خصماً بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد، فيكون قضاءً على الغائب وهو لا يجوز، إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم للغائب وعليه.. فحينئذٍ ينفذ حكمه؛ لأنه مجتهد فيه.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء.. فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر؛ كما لو كان القاضي محدوداً في قذف.. فإن نفاذ قضائه موقوف على أن يمضيه قاض آخر.

أجيب: بأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو: أن هذه البينة، هل تكون حجة من غير خصم حاضر، أو لا؟

فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها.. نفذ قضاؤه؛ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف، كذا في «الخلاصة»، وقال: والفتوى على هذا.

(**مما لا وكيل له**) - أي: للمفقود - (**فيه**)؛ أي: في حقه، وأما إذا كان له وكيل فيه.. فيتصرف وكيله فيه، لا من نصبه القاضي.

(**ويبيع**) القاضي (**ما يخاف عليه**) الفساد (**من ماله**)؛ كالثمار ونحوها؛ لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه، فينظر للغائب بحفظ معناه، ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولاً كان أو عقاراً، في نفقة ولا في غيرها؛ لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ.. فلا يجوز غيره.

بخلاف الوصي؛ فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب؛ لأن ولايته نائبة فيما يرجع إلى حق الموصي، وبيع العروض فيه معنى حقه، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ.

وفي «الخلاصة» [٧٣٣/ب]: للقاضي بيع ما يتسارع إليه الفساد من عروض ماله، وليس له أن يبيع عقاره استحساناً.

والقياس: أنه ليس له بيع العروض أيضاً، وهو قولهما.

وَيُنْفَقُ على زَوجتِهِ وقريبِهِ وِلاداً.

وفي «العمادية» عن «غريب الرواية»: للقاضي بيع منقولات المفقود، ولا ينبغي أن يبيع عقاره، ولو باع.. جاز.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: قال أبو حنيفة: إن كان للغائب أب محتاج.. فللأب أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه، وليس له بيع العقار، وهو استحسان.

وفي القياس: ليس له بيع العروض، وهو قولهما.

وذكر الكرخي: أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في «الأمالي»، وقال: هو حسن.

وجه الاستحسان: أن الأب، وإن زالت ولايته.. بقي أثرها، حتى صح استيلاده جارية ابنه، مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج، وإذا ثبت أثر ولايته.. كان كالوصي في حق الوارث الكبير، وللوصي بيع العروض دون العقار.

(وينفق) من ماله من الدراهم والدنانير؛ سواء كانت موجودة في بيته، أو من ثمن ما بيع مما خيف فساده؛ لأنها قيمة ما يستحقونه من الطعام والشراب واللباس.

ولو كان له من جنس ما يستحقونه.. دفعه إليهم.

وإن كان ماله ديناً أو وديعة؛ فإن اعترف المديون والمودع بالمال والزوجية والنسب.. أنفق عليهم منه.

وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي.. لا حاجة إلى اعترافهم.

ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي.. ضمنا؛ لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكه، ولا نائبه.

(على زوجته وقريبه ولاداً)؛ كأولاده وأبويه وجده وإن علا؛ لأن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي.. ينفق عليه من ماله عند غيبته؛ لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء.. لا ينفق عليه من ماله؛ لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء، ولا قضاء على الغائب.

وَهُوَ حَيٌّ فِي حقِّ نَفسِهِ: لَا تُنْكَحُ امْرَأَتُهُ، وَلَا يُقسَمُ مَالُهُ، وَلَا تُفسَخُ إِجَارَتُهُ.
مَيتٌ فِي حقِّ غَيرِهِ: فَلَا يَرِثُ مِمَّن مَاتَ حَالَ فَقدِهِ؛ إِن حُكِمَ بِمَوْتِهِ، فَيُوقَفُ نصِيبُهُ مِنْهُ كلًّا أَو بَعْضاً إِلَى أَن يُحْكَمَ بِمَوْتِهِ.
فَإِن جَاءَ قبلَ الحُكمِ بِهِ.. فَهُوَ لَهُ، وإِلَّا.. فَلِمَنْ يَرِثُ ذَلِكَ المَالَ لمولاهُ.

فمن قبيل الأول: الأولاد الصغار مطلقاً، والإناث من الأولاد الكبار، والزمن من الذكور والكبار.

ومن الثاني: الأخ والأخت، والخال والخالة، والعم والعمة.

(**وهو**)؛ أي: المفقود (**حي في حق نفسه**)؛ لأنه قد كان حياً فيستصحب عليه.

(**لا تنكح امرأته**) لقوله ﷺ: «وهي امرأته حتى يأتيها البيان»؛ أي: بالموت، أو الطلاق. ولقول علي رضي الله عنه في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موتٌ أو طلاقٌ».

ولأن النكاح عرف يقيناً فيستصحب [٧٣٤/أ] عليه حتى يستبين علة التفرقة.

(**ولا يقسم ماله، ولا تفسخ إجارته**)؛ لعدم تحقق الموت.

(**ميت في حق غيره.. فلا يرث ممن مات**) من مورثه. (**حال فقده**)؛ لأن الحكم بحياته ثبت بالاستصحاب، والاستصحاب إنما يكون حجة عندنا: لدفع استحقاق الغير ماله، لا لإثبات استحقاق مال الغير، وكذا لا يستحق لما أوصي له إذا مات الموصي، لكنه ليس على إطلاقه، بل (**إن حكم بموته**) بمضي المدة المضروبة على ما سيأتي ذكرها، أو بمجيء خبر موته يقيناً.

وأما قبل الحكم بموته (.. **فيوقف نصيبه منه**)؛ أي: ممن مات من مورثه.

(**كلًّا أو بعضاً، إلى أن يحكم بموته؛ فإن جاء قبل الحكم به**)؛ أي: إن علم حياته قبل الحكم بموته (.. **فهو**)؛ أي: نصيبه (**له**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يعلم حياته قبل الحكم بموته (.. **فلمن يرث ذلك المال لمولاه**)؛ أي: المفقود أيضاً لا للحق إلى مستحقة.

قال في «الهداية»: الأصل ههنا: أنه لو كان مع المعقود وارث.. لا يحجب بالمفقود حجب حرمان، ولكنه ينقص حقه به فيعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي.

وإن كان معه وارث يحجب به.. لا يعطى أصلاً، بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن وابنة ابن، والمال الموروث في يد أجنبي، وتصادق الأجنبي والورثة على فقد الابن، وطلبت البنتان الميراث.. يعطيان النصف؛ لأنه متيقن به؛ لأن أخاهما المفقود إن كان حياً.. فلهما النصف، وإن كان ميتاً.. فلهما الثلثان؛ فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الأجنبي الذي هو في يده، ولا يعطى ولد الابن شيئاً؛ لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً، ولا يستحق الميراث بالشك، ولا ينزع من يد الأجنبي، إلا إذا ظهرت خيانته؛ فإنه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يدي عدل لظهور خيانته، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن، بل قال الأجنبي الذي في يده المال: مات المفقود قبل أبيه.. فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين؛ لأن إقراره معتبر فيما في يده، وقد أقر أن ثلثيه للبنتين.. فيجبر على دفعه لهما، ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن: أبونا أو عمنا مفقود؛ لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً، ويوقف الثلث الباقي في يده.

ولو كان المال في يد البنتين وتصادقوا على الفقد.. لا يحول المال من موضعه، ولا يؤخر شيء [٧٣٤/ب] للمفقود، بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثاً، ويوقف النصف في أيدي البنتين في حكم ملك الميت؛ فإن ظهر المفقود حياً.. دفع إليه، وإن ظهر ميتاً.. أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف، والثلث الباقي لولد الابن؛ للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو قالت البنتان: مات أخونا وليس بمفقود، وقال ولد الابن: بل مفقود، والمال في أيديهما.. أعطيتا الثلثين ووقف الثلث؛ لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما؛ فإن ظهر حياته.. أخذ منهما السدس له.

ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود.. يعطي البنتان النصف؛ لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده، ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده من غير أن يقضى به لهما لا بينهما.

ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات.. لم أدفع إليهما شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه، أو بعده.

فإن قامت البينة على موته قبله.. يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن.

وإن قامت عليه بعده.. يعطى لهم النصف؛ لأن الميت على هذا مات عن بنتين وابن عمّ مات الابن عن ولد، كذا في «فتح القدير».

ونظير مسألة المفقود في وقف الميراث عند الشك في النصيب: الحمل؛ فإنه يوقف له ميراث ابن واحد، عند محمد، وفي رواية عن أبي يوسف، وعليه الفتوى على ما في «الهداية».

وعند أبي حنيفة: يوقف له ميراث أربع بنين.

وفي رواية عن محمد: ميراث ثلاثة بنين.

وفي أخرى عنه: نصيب ابنين:

فلو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل.. يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال؛ كما إذا ترك امرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً وجدة.. فإن للجدة السدس؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وكذا إذا ترك أبناء وامرأة حاملاً.. تعطى المرأة الثمن؛ لأنه لا تتغير فريضتها بالحمل.

وَإِذا مضى مِن عُمُرِهِ مَا لَا يعِيشُ إِلَيْهِ أَقرانُهُ ....

وإن كان ممن يسقط بالحمل.. لا يعطى؛ كابن الابن والأخ أو العم.

فإنه لو ترك امرأة حاملاً، وأخاً أو عماً.. لا يعطى الأخ والعم شيئاً؛ لأن من الجائز أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم؛ فلما كان ممن يسقط بحال.. كان أصل الاستحقاق له مشكوكاً، فلا يعطى شيئاً لذلك.

وإن كان ممن يتغير به.. يعطي الأقل المتيقن به كالزوجة والأم.

فإنه إن كان الحمل حياً: ترث الزوجة الثمن والأم السدس.

وإن لم يكن حياً: فهما ترثان الربع والثلث، فتعطيان [٧٣٥/أ] الثمن والسدس المتيقن كما في المفقود.

فإنه إذا ترك الرجل جدة وابناً مفقوداً.. فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير نصيبها.

وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً.. لا يعطى الأخ شيئاً.

وكذلك لو ترك أماً وابناً مفقوداً؛ فإنه إن كان المفقود حياً.. تستحق الأم السدس، وإن كان ميتاً.. تستحق الثلث كما في الحمل.

(وإذا مضى من عمره) - أي: من عمر المفقود من يوم ولد - **(ما لا يعيش إليه أقرانه)**؛ أي: بموت جميع أقرانه ولم يبق واحد منهم؛ كما في «الخلاصة»، وهذا هو المراد بما في «الهداية».

وفي ظاهر الرواية: يقدر بموت الأقران، قالوا: وجهه: أن من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه، فلا يبنى عليه الحكم؛ لأن النادر كالمعدوم، ثم اختلفوا، فذهب بعض المشايخ: إلى أن المعتبر: موت أقرانه من جميع البلاد، وذهب آخرون: إلى أن المعتبر: موت أقرانه.

فإن الأعمار فيه تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجرائه تعالى عادته، ولأن في اعتبار جميع البلاد حرجاً كثيراً في معرفة موتهم من البلدان، بخلافه من بلده.. فإنما فيه نوع حرج.

وَقِيلَ: تسعونَ سنةً، وَقيل: مائَةُ وَعِشْرُونَ سنةً - حُكِمَ بِمَوْتِهِ فِي حقِّ مَالِهِ حينئذٍ؛ فَلَا يَرِثُهُ مَن مَاتَ قبلَ ذَلِكَ، وَتعْتَدُّ زَوجتُهُ للْمَوْتِ عِنْدَ ذَلِكَ.

(وقيل: تسعون سنة)، قالوا: وهو الأرفق؛ لأنه الغالب في أعمار أهل زماننا.

وفي التمرتاشي و«الخلاصة»: وعليه الفتوى.

(وقيل: مئة وعشرون سنة)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الأعمار في زماننا قل ما تزيد على مئة وعشرين، بل لا يسمع أكثر من ذلك.. فيقدر بها تقديراً بالأكثر.

وعن أبي يوسف: مئة سنة.

وقيل: المختار: أن يفوض إلى رأي الإمام.

(حكم بموته)؛ أي: بإقامة البينة على وكيله، أو من في يده ماله، كذا في «القهستاني» نقلاً عن «المحيط».

(في حق ماله حينئذ)؛ أي: حين مضي المدة.

الظاهر: أنه قيد للحكم لا للحال على ما ظن.. **(فلا يرثه من مات قبل ذلك)** المدة المضروبة؛ لأن الإرث مداره موت المورث، ولم يتعين ذلك حين موت ذلك الوارث، ويقسم ماله بين من كان وارثاً في ذلك الوقت.

وكذا يحكم بموته في حق مال غيره عند مضي تلك المدة من حين فقده، حتى يرد ما وقف له إلى من يستحقه من وارث مورثه.

(وتعتد زوجته للموت) أربعة أشهر وعشراً **(عند ذلك)** الوقت المضروب للحكم بموته عنده.

* * *

(كتاب الشركة)

(كتابُ الشَّرِكَةِ)

(كِتَابُ الشَّرِكَة)

أورده عقيب المفقود لتناسبها بوجهين: كون مال أحدهما أمانة [٧٣٥/ب] في يد الآخر؛ كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر.

وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود؛ كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي، وهذه مناسبة خاصة بينهما، والأولى عامة فيهما، وفي الآبق واللقيط واللُّقَطَة على اعتبار وجود مال مع اللقيط.

قال في «العناية»: الشركة عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعداً؛ بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر.

ورده في «فتح القدير» وقال: الشركة لغةً: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، وما قيل: إنه اختلاط النصيبين.. تساهل؛ فإن الشركة اسم المصدر، والمصدر مصدر شركت الرجل أشركه شركاً، فظهر أنها فعل الإنسان، وفعله الخلط.

وأما الاختلاط: فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة، ولا يظن أن اسمه الاشتراك؛ لأن الاشتراك فعلهما أيضاً، مصدر اشترك الرجلان، افتعال من الشركة، ويعدى إلى المال بحرف «في»، فيقال: اشتركا في المال؛ أي: حققا الخلط فيه، والمال مشترك فيه. انتهى.

أقول: والذي ظهر منه: أن الشركة لم تجئ مصدراً، وإنما المصدر: هو الشرك، وهو مخالف لما في «المصباح» قال: شركته في الأمر - الشركة من باب تعب، شَرِكاً، وشَرِكة، وزان: كَلِم وكَلِمَة بفتح الأول وكسر الثاني - إذا صرت له شريكاً، ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني، واستعمال المخفف أغلب، فيقال: شرك وشركة؛ كما يقال: كلم وكلمة على التخفيف. انتهى.

هِيَ ضَرْبَانِ شركَةُ مِلكٍ، وَشَرِكَةُ عَقدٍ.

فَالْأُولى: أَن يمِلكَ اثنانِ عيناً؛ إرثاً، أَو شِرَاءً، أَوِ اتّهاباً، أَوِ اسْتِيلَاءً، أَو اخْتَلَطَ مَالُهمَا بِحَيْثُ لَا يتَمَيَّزُ، أَو خَلَطَاهُ.

فقد صرح: بأن الشركة والشرك مصدر شركت، وهكذا صرح في «المغرب» أيضاً.

فعلم منه: أن الشركة في اللغة: بمعنى المصدر، لا اسم المصدر؛ نعم يقال: إنه في عرف الفقهاء اسم المصدر؛ سواء كان شركة ملك، أو شركة عقد.

وفي «فتح القدير»: أن ركن هذه الشركة: اختلاطهما، وركن شركة العقد: هو اللفظ المفيد له.

(**هي ضربان: شركة ملك**)، ولا يخفى عليك أن لفظ الشركة المضافة إلى الملك أعم من كل من التفسيرين السابقين؛ أعني: الخلط والاختلاط. تأمل.

(**وشركة عقد**) هذه الإضافة بيانية؛ لأنه سمى العقد الخاص بها، ويقال: إنه إضافة الاسم إلى المسمى.

(**فالأولى: أن يملك اثنان عيناً إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً**) بأن استوليا على مال حربي في دار الحرب، أو في دارنا فإنهما يشتركان فيه بالاستيلاء.

(**أو اختلط** [٧٣٦/أ] **مالهما**) من غير صنع من أحدهما بأن انفتق كيساءهما المتجاوران فاختلط ما فيهما؛ وكاختلاط الحنطة بالحنطة، أو بالشعير من غير صنع.

(**بحيث لا يتميز**) أصلاً، أو بالحرج.

(**أو خلطاه**) بحيث لا يتميز أصلاً أو بحرج؛ كما في اختلاط الحنطة بالشعير؛ فإنه وإن أمكنه التمييز.. لكنه عسير، والحرج مدفوع.

ولا يخفى عليك أن قوله: «عيناً» يخرج الشركة في الدين.

وقد ذكروا: أن من شركة الأملاك: الشركة في الدين، ثم اختلفوا فيه:

وكلٌّ مِنْهُمَا أَجْنَبِيٌّ فِي نصيبِ الآخرِ.

فقال بعضهم: إنه مجاز؛ لأن الدين وصف شرعي لا يملك، فلا يصح إدراجه في شركة الأملاك.

وقال بعضهم: بل يملك شرعاً، ولذا جاز هبته ممن عليه.

وأجيب عنه: بأن الهبة مجاز عن الإسقاط، ولذا لم تجز هبته من غير من عليه الدين.

وقال في «فتح القدير»: والحق: ما ذكروه من ملكه، وكذا ملك ما عينه من العين على الاشتراك، حتى إذا دفع من عليه إلى أحدهما شيئاً.. كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ، وليس له أن يقول: هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك، ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاه وأخَّر الآخر.

قالوا: والحيلة في اختصاص الأخذ بما أخذ دون شريكه: أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته.

ثم شرع في بيان حكم هذه الشركة فقال: (**وكل منهما أجنبي في نصيب الآخر**)؛ لعدم تضمن هذه الشركة وكالة؛ فإذا كان أجنبياً.. لا يجوز تصرفه في نصيب الآخر إلا بإذنه.

قال في شركة «قاضي خان»: ولا يجوز لأحد شريكي الملك أن يتصرف في العين المشتركة بغير إذن الشريك تصرفاً يتضرر به الشريك.

رجلان بينهما بعيرٌ، حمل أحدهما عليه شيئاً من القرية إلى المصر فسقط البعير في الطريق فنحره، قالوا: إن كان يرجى حياته.. يضمن حصة شريكه، وإن كان لا يرجى.. لا يضمن؛ لأنه مأمور بالحفظ، والنحر في هذه الحالة حفظ، وإن نحره أجنبي.. يضمن على كل حال في الصحيح من الجواب.

وَيجوزُ بيعُ نصِيبهِ من شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ، وَمِن غَيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .....

رجلان بينهما دار غير مقسومة، غاب أحدهما.. كان للآخر أن يسكن مقدار حصته في كل الدار.

وكذا الخادم إذا كان مشتركاً وأحدهما غائب.. كان للحاضر أن يستخدم الخادم حصته.

وفي الدابة المشتركة: لا يركبها أحدهما؛ لأن الناس [يتفاوتون][٧٣٦/ب] في الركوب، فلم يكن الغائب راضياً بركوب الشريك.

وفي الخادم والدار: لا يتفاوتون في السكنى والخدمة.

والكرم والأراضي: لو كانا مشتركان بين رجلين وأحدهما غائب، أو كانت الأرض بين يتيم وبالغ.. يرفع الأمر؛ فإن لم يرفع الأمر إلى القاضي وزرع بحصته.. طاب له.

وفي الكرم: يقوم الحاضر، وإذا أدرك الثمر.. يبيعها ويأخذ حصته من الثمن، وتوقف حصة الغائب، وإذا قدم الغائب.. خير؛ إن شاء.. ضمنه القيمة، وإن شاء.. أخذ الثمن. انتهى.

وفي «فتاوى ابن نجيم»: سئل عن أرض بين جماعة عن سبيل الشركة فبنى أحدهم فيها، أو غرس بغير إذن الباقين، فهل لهم القلع أم لا؟

أجاب: إن لم يرضوا بذلك.. تقسم الأرض؛ فإن وقع نصيبه فيما بنى أو غرس.. فهو له، وإن وقع مناقض الباقين.. قلعه وضمن ما نقصت الأرض بذلك. انتهى.

(**ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الصور**) المذكورة من تملكها إرثاً، أو شراءً، أو اتهاباً، أو استيلاءً، أو اختلاطاً أو خلطاً.

(**ومن غيره**)؛ أي: من غير شريكه وهو الأجنبي (**بغير إذنه**)؛ أي: إذن شريكه.

وأما إجارته من غيره بغير إذنه.. فلا يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

فِيمَا عدَا الْخَلْطِ والاختلاطِ، فَلَا يجوزُ بِلَا إِذْنِهِ.

وَالثَّانيةُ: أَن يَقُولَ أَحدُهمَا: شاركتُكَ فِي كَذَا، وَيَقبَلُ الآخرُ.

(فيما عدا الخلط والاختلاط.. فلا يجوز) بيع نصيبه في الخلط والاختلاط من الأجنبي (بلا إذنه)؛ أي: بلا إذن شريكه.

والفرق على ما في «الفتاوى الظهيرية»: أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة مثلاً، أو ثوباً.. كانت كل حبة مشتركة بينهما، فبيع كل منهما نصيبه شائعاً جائز من الشريك والأجنبي.

بخلاف ما إذا كانت بالخلط، أو بالاختلاط؛ لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة؛ فإذا باع نصيبه من غير الشريك.. يتوقف على إذنه.

بخلاف بيعه من الشريك؛ لقدرته على التسليم والتسلم.

وذكر شيخ الإسلام في الفرق: إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط؛ فإذا حصل بغير تعد.. كان سبب الزوال ثابتاً من وجه، دون وجه، فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك؛ كأنه بيع ملك نفسه عملاً بالشبهين.

ورده في «فتح القدير»: بمنع ثبوت الزوال من وجه، مستنداً بأن تمام السبب [٧٣٧/أ] فيه هو التعدي، فعند عدمه: لا يثبت من وجه، وإلا.. لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها.

وأيضاً: فالزوال إلى الخالط عيناً لا إلى كل واحد منهما، فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند البيع من الأجنبي، بل المترتب عليه: اعتباره زائلاً إلى الشريك الخالط فقط إذا باع من الأجنبي. انتهى.

(والثانية: أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر)، ويقول: قبلت.

وركنُها: الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ.

وَشَرطُهَا: عدمُ مَا يَقطَعُهَا؛ كَشَرطِ دَرَاهِمَ مُعيَّنَةٍ من الرِّبْحِ لأَحَدِهمَا.

وَهِيَ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ:

(**وركنها: الإيجاب**)؛ بأن يقول أحدهما: شاركتك في عموم التجارات، أو في كذا من المال، (و) كذا (**القبول**) من الآخر.

(**وشرطها: عدم ما يقطع كشرط دراهم معينة من الربح لأحدهما**)؛ فإنه يقطع الشركة؛ لاحتمال أن لا يبقى بعد هذه الدراهم المعينة ربح يشتركانه.

فإن قيل: إنهم قد صرحوا - وسيأتي في الكتاب مصرحاً -: أنه يجوز اشتراط الزيادة في الربح لأحدهما.

قلنا: المراد بالزيادة ههنا: هي الزيادة المعينة مثل عشرة دراهم، أو خمسة عشر ونحوها من مراتب العدد.

والمراد بما سيأتي: هي الزيادة بلا تعيين؛ كاشتراط الثلثين لأحدهما، والثلث للآخر من الربح.. فلا منافاة بينهما.

(**وهي**) أي: الثانية (**أربعة أنواع**) مفاوضة وعنان وصنائع ووجوه.

وجه الحصر فيها على ما ذكروا: أن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا، والأول: إما أن يشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضره أو لا.

فإن شرطا ذلك.. فهو **المفاوضة**، وإلا.. فهو **العنان**.

والثانية؛ أما إن شرطا العمل في مال الغير أو لا.. فالأول: **الصنائع**، والثاني: **الوجوه**.

واعترض عليه: بأنه يقتضي أن يكون كل من الصنائع والوجوه قسماً مقابلاً للمفاوضة والعنان، وليس كذلك؛ لأن كلًّا من المفاوضة والعنان قد يجامع بكل من الصنائع والوجوه على ما سيظهر.

فالأوجه: ما ذكره الطحاوي والكرخي: أن الشركة على ثلاثة أوجه:

شركَةُ مُفَاوَضَةٍ، وَهِي أَن يَشْتَرِكَ متساوِيانِ تَصرُّفاً ودِيناً ومالاً ورِبحاً.

شركة بالأموال، وشركة بالأعمال، وشركة بالوجوه.

وكل من الأعمال والوجوه على وجهين: مفاوضة وعنان.

فالأول: (**شركة مفاوضة: وهي أن يشترك**) شخصان (**متساويان تصرفاً وديناً ومالاً**).

والمراد بالمال: ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه [٧٣٧/ب]، كذا في «الهداية».

(**وربحاً**)؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق؛ لأنها مأخوذة من التفويض، أو الفوض الذي منه: أفاض الماء؛ إذا عم وانتشر.

والمفاوضة: المساواة.. فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه، فيعم التساوي ابتداءً وانتهاءً، وذلك يكون في هذه الأمور الأربعة.

والمراد بالابتداء: ابتداء العقد، والانتهاء: مدة البقاء.

وهذا لأن عقد الشركة عقد غير لازم؛ فإن لكل منهما أن يفسخه إذا شاء.. فكان لبقائه حكم الابتداء، فما يمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال.. يمنع بقاءه أيضاً، حتى لو كان المالان سواء يوم العقد، ثم إذا زادت قيمة أحدهما قبل الشراء.. فسدت المفاوضة وصارت عناناً.

بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين؛ لأن الشركة انتقلت إلى المشتري؛ فإنما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه.

ولو اشتريا بجميع مال أحدهما، ثم فضل مال الآخر:

ففي القياس: تفسد المفاوضة.

وفي الاستحسان: لا تفسد؛ لأن الشراء بالمالين جميعاً قلما يتعين، فيلزم باشتراطه حرج، ولأن المساواة قائمة معنى؛ لأن الآخر لما ملك نصف المشترى..

وتتضمَّنُ الْوَكَالَةَ وَالْكَفَالَةَ.. ....

صار نصف الثمن مستحقاً عليه لصاحبه، ونصف ما لم يستحق به لصاحبه، غير أنه لا يشترط اتحادهما صفةً؛ فلو كان لأحدهما دراهم سود، وللآخر مثلها بيض وقيمتاهما متساوية.. صحت المفاوضة، بخلاف لو زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو كان لأحدهما ألف وللآخر مئة دينار قيمتها ألف.. صحت؛ فإن زادت.. صارت عناناً.

وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو اتهبها.. تنقلب عناناً، كذا في «فتح القدير».

(وتتضمن)؛ أي: شركة المفاوضة: (الوكالة)، شرطت الوكالة في كل صور عقود الشركة؛ ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً فيه بينهما، فيتحقق حكم المقصود من العقد وهو الشركة في الربح؛ لأنه لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف أصيلاً في الآخر.. لا يكون المستفاد مشتركاً؛ لاختصاص المشتري بالمشترى، فلا يكون مختصاً بالمفاوضة، وإنما المختص بها هو الكفالة.

فإن قيل: الوكالة بالمجهول لا تجوز.. فوجب أن لا تجوز هذه الشركة؛ لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس؛ كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه.

أجيب: بأن التوكيل بمجهول لا يجوز قصداً [٧٣٨/أ]، ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة؛ لأنها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، ولأن الجهالة إنما تفسد العقد؛ لكونها مفضية إلى المنازعة، لا لذاتها، وهنا لا تفضي إلى المنازعة.. فتجوز.

(والكفالة): وهي مختصة بالمفاوضة؛ لتحقيق معنى المساواة المعتبرة في المفاوضة.

فإن قيل: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس، فكيف جازت هنا مع جهالته؟

فَلَا تجوزُ بَين مُسلمٍ وذِمِّيٍ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ، ....

أجيب عنه: بأن ذلك في الكفالة القصدية لا في الكفالة الضمنية، وهنا ضمني لا قصدي.

واعلم: أن شركة المفاوضة جائزة في قول أصحابنا استحساناً.

والقياس: أن لا تجوز، وهو قول الشافعي.

وقال مالك: لا أعرف ما المفاوضة.

وجه القياس: أنها تضمنت الوكالة والكفالة المجهولتين، وكل بانفراده فاسد.. فاجتماعهما يزيد فساداً.

والجواب عنه: ما ذكرناه آنفاً.

ووجه الاستحسان قالوا: إنه أمران:

أحدهما: ما روي عن النبي ﷺ: «فاوضوا؛ فإنه أعظم للبركة».

والثاني: تعامل الناس؛ فإنهم تعاملوا بها من غير نكير، وبه يترك القياس؛ لأن التعامل كالإجماع.

(**فلا تجوز**) شركة المفاوضة (**بين مسلم وذمي**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ فإنه قال تجوز مع الكراهة؛ لتساويهما في الوكالة والكفالة.

ولا تعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما؛ كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي؛ فإنها جائزة مع تفاوتهما في أمر؛ فإن التصرف في متروك التسمية عامداً: جائز عنده، لا عندنا.

وفي المثلث: جائز عندنا لا عنده.

وإنما كره؛ لأن الذمي ربما لا يهتدي إلى الجائز من العقود فيصير سبباً لوقوع المسلم في الحرام.

وَلَا بَـينَ حـرٍّ وَعبـدٍ، وَبَـالغٍ وَصـبيٍّ، وَلَا بَـينَ صَـبِيَّيْنِ، أَو عَبْـدَيْنِ، أَو مكاتَبَينِ.

وَلَا بُدَّ مِن لفظِ الْمُفَاوضَةِ، أَو بَيَانِ جَمِيعِ مقتضياتِها.

ولهما: أنه لا تساوي في التصرف؛ فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمراً أو خنزيراً.. يجوز، ولا يجوز ذلك للمسلم.

(**ولا بين حر وعبد، وبالغ وصبي**)؛ لانعدام المساواة؛ فإن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة، بخلاف العبد والصبي؛ فإنهما لا يملكان إلا بإذن المولى والولي.

(**ولا بين صَبِيَّيْن أو عبدين أو مكاتبين**)؛ لانعدام صحة الكفالة وإن أذن ولي الصبيين ومولى العبدين.

(**ولا بد**) في انعقاد المفاوضة (**من لفظ المفاوضة**)؛ لبعد شرائطها عن علم العوام، وذلك بأن يقول: فاوضتك في كذا.

(**أو بيان جميع مقتضياتها**).. فحينئذٍ لا حاجة إلى ذكر لفظ المفاوضة؛ لأن المعتبر هو المعنى [٧٣٨/ب]، واللفظ وسيلة إلى إفهامه.

قال في «فتح القدير»: فإن قيل: من أين اشتراط المساواة في المال؟

قلنا: هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح، وذلك أن الشركة - في صورة يكون الشريكان متساويي المالين على وجه التفويض على العموم - جائزة بلا مانع؛ كما في صورة عدم تساويهما.

فقلنا: إن عقدا على الوجه الأول.. سمينا الشركة مفاوضة، وإلا.. سميناها عناناً، غير أنا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور؛ لجعلنا إياه علماً على تمام المساواة في أمر الشركة؛ فإذا ذكراها.. ثبتت أحكامها إقامةً للفظ مقام المعنى، بخلاف ما إذا لم يذكراها؛ لعدم تحقق رضاهما بأحكامها، إلا أن يذكر إتمام معناها بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان، أو ذميان: شاركتك في جميع ما أملك من نقد، وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في

وَلَا يُشْتَرطُ تَسْلِيمُ المَالِ، وَلَا خَلطُهُ.

وَمَا اشْتَرَاهُ كلُّ مِنْهُمَا سِوى طَعَامِ أَهلِهِ وكسوتِهم.. فلهَا؛ ....

التجارات والنقد والنسيئة، وعلى أن كلًّا منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع. انتهى.

(**ولا يشترط تسليم المال**)؛ لأن النقدين لا يتعينان في العقود حتى يشترط تسليمه، بل الشرط حضور المال عند الشراء لا عند العقد.

ولهذا قال في أول شركة «الخلاصة» نقلاً عن «الإيضاح»: الشركة بالأموال لا تكون إلا بمال حاضر، عناناً كانت الشركة، أو مفاوضةً.

ولا يصح بمال غائب ولا دين، أراد بذلك: عند الشراء لا عند العقد؛ يعني: عقد الشركة؛ لأنه إذا لم يوجد ذلك عند عقد الشركة.. جاز، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفاً وقال له: أخرج مثلها واشتريها وبع، فما ربحت.. فهو بيننا، فأقام المأمور البينة أنه قد فعل، ولم يكن المال موجوداً وقت العقد، وإنما وجد عند الشراء.. جاز. انتهى كلام «الخلاصة».

وهكذا ذكره في أول شركة «البزازية»، فعلم منه: أن قول الشريك الآخر بعد الافتراق عن المجلس: «أخرجت المال دفعة واشتريت به».. لا يقبل بلا بينة.

(**ولا خلطه**)، خلافاً لزفر والشافعي.

قلنا: إن الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل منهما بماله على أن يكون المشترى بينهما، وهذا لا يفتقر إلى الخلط، والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال، ولهذا سمي العقد شركة.

(**وما اشتراه كل منهما سوى طعام أهله**)، وكذا طعام نفسه، (**وكسوتهم**)، وكذا كسوة نفسه، وكذا [٧٣٩/أ] الإدام (**..فلها**)؛ تحقيقاً لمقتضى العقد وهو المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، فكان شراء أحدهما كشرائهما سوى المستثنيات.

وكلُّ دَينٍ لزمَ أَحدَهمَا بِمَا تصحُّ فِيهِ الشّركَةُ - كَبيعٍ وَإِن لزمَ بكفالةٍ بِأَمْرٍ - لزمَ الآخر، خلافاً لَهُما.

والقياس: أن يكون على الشركة أيضاً؛ تحقيقاً لمقتضى العقد، إلا أنا استحسنا للضرورة؛ فإن الحاجة لهذه الأشياء معلومة الوقوع البتة، ولا يمكن إيجابه على صاحبه، فيختص بنفسه، وللبائع أن يؤاخذ بالثمن أيهما شاء، المشتري بالأصالة وشريكه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى؛ لأنه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما.

(وكل دين لزم أحدهما بما تصح فيه الشركة؛ كبيع) وشراء واستئجار.. لزم الآخر؛ تحقيقاً للمساواة.

واحترز ب- «ما تصح فيه الشركة»: عن الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، وعن النفقة.

(وإن لزم) - الدين - (بكفالة)؛ أي: بالمال؛ لأن كفالة أحدهما بالنفس.. لا تلزم شريكه بالاتفاق (بأمر) المكفول عنه (.. لزم الآخر): عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأنه تبرع؛ حتى لا تصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب، وتصح من المريض من الثلث، وصار كالإقراض والكفالة بالنفس؛ فإنه إذا أقرض أحدهما من مال التجارة لإنسان.. لا يلزم الشريك.

ولأبي حنيفة: إن عقد الكفالة تبرع ابتداءً معاوضة بقاءً؛ لأنه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه إذا كفل بأمره؛ فصار كالهبة بشرط العوض، فبالنظر إلى البقاء.. صحَّ لتضمنه المعاوضة، وبالنظر إلى الابتداء.. لم يصح ممن ذكراه، ويعتبر من الثلث من المريض، وحاجتنا ههنا: إلى البقاء؛ إذ المطالبة تتوجه بعد الكفالة؛ لكونها حكمها، فلما لزم المال على الشريك بالكفالة.. لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء.

وَكَذَا إِن لزمَ بِغَصبٍ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

بخلاف الصبي والمجنون والعبد والمكاتب؛ لأن حاجتنا ثمة: إلى الابتداء بأنه هل يلزمه، أو لا؟

فاعتبرنا جهة التبرع فيه، بخلاف ما نحن فيه؛ لصحة الابتداء لكون الضامن من أهل الضمان.

وأما الكفالة بالنفس، فهو تبرع ابتداءً وانتهاءً؛ إذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئاً في ذمته من المال.. فلا يقاس عليه.

وأما الإقراض: فعن أبي حنيفة: أنه يلزمه صاحبه على رواية «المبسوط»؛ لأنه معاوضة.

ولو سلم أنه لا يلزم شريكه، لكنه إنما لا يلزمه لكون الإقراض إعارة لا معاوضة؛ إذ لو كان معاوضة.. لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية؛ فإذا كان إعارة.. كان لما يأخذه المقرض [٧٣٩/ب] بعد الإقراض حكم عين ما قرضه لا حكم بدله؛ كما في الإعارة الحقيقية، ولهذا لا يلزم فيه الأجل.

(**وكذا**)؛ أي: لزم الشريك (**إن لزم**) الدين (**بغصب**)، أو استهلاك عند أبي حنيفة ومحمد.

لكن قال أبو حنيفة: إن ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة في أنه يلزم شريكه.

وقال محمد: إنهما بمنزلة التجارة في أنه يلزم شريكه.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأنه ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة.. فلا يلزم شريكه؛ كأرش الجناية.

ولهما: أنه ضمان تجارة؛ لأنه بدل مال محتمل للشركة، فيلزم شريكه.

وَفِي الْكفَالَة بِلَا أَمرٍ.. لَا يلْزمُهُ فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن ورثَ أَحدُهمَا مَا تصحُّ بِهِ الشّركَةُ أَو وُهِبَ لَهُ وَقبضَهُ.. صَارَت عَنَاناً.

وَكَذَا إِن فُقِدَ فِيهَا شَرطٌ لَا يشْتَرطُ فِي الْعَنَانِ.

(**وفي الكفالة**) بالمال (**بلا أمر**) المكفول عنه (.. **لا يلزمه في الصحيح**)؛ لأنه تبرع محض لا معاوضة فيه أصلاً، وهذا مختار الفقيه أبي الليث في «شرح الجامع الصغير»، وتبعه صاحب «الهداية».

وذهب عامة شراح «الجامع الصغير»: إلى أنه لا فرق بين ما إذا كانت الكفالة بالأمر، وبين ما إذا كانت بلا أمر.

(**وإن ورث أحدهما ما تصح به الشركة**)؛ كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة، (**أو وهب له**) أو تصدق به عليه، أو أوصى له به (**وقبضه**).. بطلت المفاوضة؛ لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة، وهي شرط في صحتها ابتداءً وبقاءً.

فإذا بطلت (.. **صارت عناناً**)؛ لأن المساواة ليست بشرط فيه ابتداءً، فكذا بقاءً؛ لأن لدوامه حكم الابتداء؛ لكونه عقداً غير لازم؛ فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد.. لا يجبر القاضي على ذلك، كذا في «العناية».

(**وكذا**)؛ أي: تصير عناناً (**إن فقد فيها**)؛ أي: في الشركة (**شرط**) من شروط المفاوضة التي (**لا يشترط**) تلك الشروط (**في العنان**) كالكفالة؛ فإنها مختصة بالمفاوضة، وككونهما حرين بالغين مسلمين، فلو شرطا عدم الكفالة.. تصير عناناً وإن ذكرا المفاوضة وعمما التصرف والمال وتساويا فيه.

وكذا لو عقد بالغ وصبي، أو حر وعبد يصير.. عناناً وإن ذكرا لفظ المفاوضة؛ لأن العنان قد يكون عاماً في أنواع التجارات، وقد يكون خاصاً في نوع منها، والمفاوضة عامة فيها.. فجاز أن يذكر لفظ المفاوضة ويراد به معنى العنان، فلا يكون مفاوضة بمجرد ذكر لفظها.

وَإِن ورثَ عَرَضاً أَو عَقاراً.. بَقِيَتْ مُفَاوَضَةً وَلَا تصحُّ مُفَاوَضَةٌ وَلَا عَنانَ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ، أَو الدَّنَانِيرِ، أَو بالفلوسِ النافقةِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، ....

(وإن ورث عرضاً، أو عقاراً)، أو وهب له، أو تصدق عليه، أو أوصي له (.. بقيت مفاوضة)؛ لأنه لا تصح فيها الشركة، فلا يشترط المساواة فيه.

(ولا تصح مفاوضة، ولا عنان) [٧٤٠/أ] إن كانتا بالأموال.

إنما قلنا هذا؛ لأنه ذكر في «المبسوط»: أن المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل، فصح قولنا: المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال، فصدق: بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قولنا: لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس؛ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، كذا في «فتح القدير».

(إلا بالدراهم أو الدنانير أو بالفلوس النافقة عند محمد) اختلفت عباراتهم في الفلوس النافقة.

ففي «القدوري» و«الكافي» للحاكم أبي الفضل: لم يذكر خلاف في جواز الشركة بها، واقتصرا على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس.

وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وجعل بعضهم الجواز ظاهر الرواية، وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنها إنما صارت ثمناً باصطلاح الناس، وليس ثمناً في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة.

وعند محمد: يجوز، وهو قول أبي يوسف الأول.

وقال في «الهداية»: وأما الفلوس النافقة.. فلأنها تروح رواج الأثمان فالتحقت بها.

أَو بالتِّبْرِ والنُّقْرَةِ إِن تعاملَ النَّاسُ بهما.

ثم قال: قالوا: - أي: المتأخرون - على ما في «فتح القدير»: أن هذا قول محمد؛ لأنها ملحقة بالنقود عنده، حتى لا تتعين بالتعيين، ولا يجوز بيع الاثنين منها بواحد بأعيانهما.

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف.. لا يجوز الشركة والمضاربة بها؛ لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة؛ لأنها بالاصطلاح القائم فتصير سلعة.. فلا تصلح أن تكون رأس المال.

واعترض عليه: بأن هذا إنما هو في الملاحظة.

أما في الخارج.. فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح على ذلك، ولذلك قال الإسبيجابي: الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل؛ لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس، حتى لو اشترى شيئاً بفلوس بعينها.. لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها.

وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد: أنه تجوز الشركة بها.

لكن كونه مع أبي حنيفة في عدم الجواز أقيس؛ لأنهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بفلسين بعينهما.. كانا متفقين أيضاً في عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة؛ لأن هذه المسألة مبنية على تلك المسألة؛ لأنه لما جاز مع الواحد بالاثنين في الفلوس عندهما.. كان للفلوس حكم العروض، والعروض [٧٤٠/ب] لا تصلح رأس مال الشركة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه تصح المضاربة بالفلوس النافقة عنده.

(أو بالتبر) - ذهب غير مضروب - **(والنقرة)** - فضة غير مضروبة - **(إن تعامل الناس بهما)**، فيه إشارة إلى ما ذكر في «الجامع الصغير» قال: ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة، ومراده: التبر على ما في «الهداية».

وَلَا تصحَّانِ: بالعُروضِ إِلَّا أَن يَبِيعَ نِصفَ عَرَضِهِ بِنصْفِ عَرَضِ الآخرِ، ثمَّ يعْقدُ الشّركَةَ. ....

ثم قال فيها: إنه الأصح؛ لأن مثاقيلها، وإن خلقت للتجارة في الأصل، لكن الثمينة تختص بالضرب المخصوص، إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل منزلة الضرب، فيكون ثمناً وتصلح رأس المال في الشركة والمضاربة.

(**ولا تصحان**)؛ أي: المفاوضة والعنان (**بالعروض**) في كل جانبيه، أو في أحدهما؛ لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأنه لا بد من بيعها؛ فإذا باع أحدهما عروضه بألف والآخر بألف وخمسمئة.. فما يأخذه صاحب الألف زيادة على ألفه على مقتضى الشركة: ربح ما لم يضمن وما لم يملك، وقد نهى النبي ﷺ عن ربح ما لم يضمن.

بخلاف النقدين؛ لأن ما يشتري كل منهما بأحدهما يدخل في ملكهما، ويثبت ثمنه في ذمته؛ إذ الأثمان لا تتعين بالتعيين، فيرجع به على صاحبه بحسابه، فكان الربح ربح ما يضمن، ولأن أول التصرف في العروض: البيع، وفي النقود: الشراء.

وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً بينه وبين غيره.. لا يجوز، بخلاف الشراء.

ولأنه لو صح.. لزم أن يكون كل منهما وكيلاً عن الآخر في بيع عرضه بشرط أن يكون له بعض ربحه، والوكيل بالبيع أمين؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما لم يضمن.

وأما الوكيل بالشراء.. فهو ضامن للثمن في ذمته؛ فإذا شرط له جزء من الربح.. كان ربح ما يضمن.

(**إلا أن يبيع**) كل واحد منهما (**نصف عرضه بنصف عرض الآخر، ثم يعقد الشركة**)؛ يعني: إذا أراد شركة المفاوضة أو العنان بالعروض.. فالحيلة: أن يبيع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر، حتى صار مال كل منهما مشتركاً بينهما

وَلَا بالمكيلِ وَالْمَوْزُونِ والعَدَدِيِّ المُتقَارِبِ قبلَ الْخَلْطِ، ....

شركة ملك، حتى لا يجوز أن يتصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه، ثم يعقدان عقد الشركة مفاوضةً أو عناناً، حتى صار العروض رأس مال شركة العقد، حتى جاز لكل منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، وهذا لأنه إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر [١/٧٤١].. صار نصف مال كل واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن، فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون، فيكون العقد صحيحاً.

قال في «الهداية»: تأويل ما ذكر - أي: بيع نصف عرض كل واحد منهما بنصف عرض الآخر -: إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء، ولو كان بينهما تفاوت.. يبيع صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة، وأوضحه في «العناية»: بما إذا كان قيمة عرض أحدهما أربعمئة درهم مثلاً، وقيمة عروض الآخر مئة درهم.. يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر، فيصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

ورده في «الزيلعي» وقال: وهذا الحمل غير محتاج إليه؛ لجواز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، وإن تفاوتت قيمتهما، حتى يصير المال بينهما نصفين.

وكذا العكس جائز، وهو ما إذا كانت قيمتها متساوية فباعاه على التفاوت بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر، حتى يكون المال كله أرباعاً، فيعلم بذلك أن قوله: «باع نصف ماله بنصف مال الآخر» وقع اتفاقاً أو قصداً؛ ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان؛ لأن المفاوضة شرطها التساوي، بخلاف العنان.

وأما قولهم: «بنصف عرض الآخر».. وقع اتفاقاً؛ لأنه لو باعه بالدراهم، ثم عقد الشركة في العروض الذي باعه.. جاز أيضاً. انتهى.

وفي إطلاق المصنف إشارة إلى ما في «الزيلعي».

(ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط)، ولا خلاف فيه بيننا

وَإِن خلطِا جِنْساً وَاحِداً ثمَّ اشْتَرَكَا.. فشَرِكَةُ عقدٍ عِنْدَ محمَّدٍ، وَملكٍ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَإِن خَلَطا جِنْسَيْنِ.. لَا تَنْعَقِدُ اتِّفَاقاً.

قبل الخلط؛ لأنها قبله عروض محضة، لكل منهما متاعه، وعليه وضيعته، ويختص بربحه.

(وإن خلطا جنساً واحداً) الحنطة بالحنطة، الشعير بالشعير، الزيت بالزيت، **(ثم اشتركا)** في المخلوط (.. **فشركة عقد عند محمد**)؛ لأن كلًّا منها ثمن من وجه، حتى.. جاز البيع بها ديناً في الذمة، ومبيع من وجه، حتى تتعين بالتعيين، فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين فقلنا: لا تجوز الشركة قبل الخلط؛ عملاً بشبهها بالمبيع، وقلنا: يجوز بعد الخلط؛ عملاً بشبهها بالثمن.

بخلاف العروض؛ لأنها ليست بثمن بحال أصلاً.

(و) شركة **(ملك: عند أبي يوسف)** وهو ظاهر الرواية على ما قالوا؛ لأن كلًّا منها تتعين بالتعيين بعد الخلط؛ كما تتعين قبله، ومن شرط جواز شركة العقد: أن لا يكون رأس المال [١٤٧/ب] مما يتعين بالتعيين؛ لئلا يلزم ربح ما لم يضمن؛ كما في العروض.

وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح.

فعند أبي يوسف: لا يستحق زيادة الربح، بل لكل منهما من الربح بقدر ملكه؛ لعدم صحة اشتراط التفاضل؛ لأن متاع كل منهما يخصه، وكذا ربحه وضيعته عنده؛ لانتفاء شركة العقد.

وعند محمد: الربح بينهما على ما شرطا.

(وإن خلطا جنسين) الحنطة بالشعير مثلاً (.. **لا تنعقد**) شركة العقد **(اتفاقاً)**.

فمحمد يحتاج إلى الفرق، فوجهه: أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال، حتى أن من أتلفه.. يضمن مثله، فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة.

ومن جنسين من ذوات القيم؛ فإن من أتلفه.. ضمن قيمته.

وإذا كان من ذوات القيم.. كان بمنزلة العروض، فتتمكن الجهالة كما في العروض.

فإن قيل: إذا لم تنعقد الشركة.. فما حكم هذا الخلط؟

قيل: حكمه انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط.

قلت: المصرح في كتاب الوديعة: انقطاع حق المالك إلى ضمان الخالط؛ فيما إن أخلط الخالط تعدياً، والخلط فيما نحن فيه ليس على طريق التعدي، بل على سبيل التراضي، ولعل الحكم فيه البقاء على شركة الملك.. فيجري عليه حكم شركة الملك.

واعلم: أن الخالط تعدياً يضمن نصيب المخلوط ماله؛ سواء خلطه بجنسه، أو بخلاف جنسه؛ وسواء كان بحيث لا يتميز أصلاً - كشيرج خلطه بزيت - أو يتميز بعسير؛ كحنطة خلطها بشعير؛ لأنه ينقطع حق مالكها لهذا الخلط؛ فإن هذا الخلط استهلاك.

بخلاف ما إذا خلطه بغير تعد كما فيما نحن فيه؛ فإن خلطه برضاه.. فلا يضمن.

وبخلاف ما تيسر تمييزه؛ كخلط السود بالبيض من الدراهم؛ فإنه ليس موجباً للضمان أيضاً؛ لأنه يتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه.

هذا، ثم في كل موضع وجب فيه الضمان على الخالط.. يجب عليه؛ سواء كان أجنبياً عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيراً أو صغيراً، أو كان في عيال المخلوط ماله.

فإن ظفر ما يخالط.. فيها وإن لم يظفر به فقال أحد المالكين: أنا آخذ المخلوط وأعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه.. جاز؛ لأن الحق لهما؛ فإذا رضيا بذلك.. صح.

وإن أبى.. يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على هذا الوجه [٢٤٧/أ]، وهو أن يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير، ويضرب صاحب الشعير بقيمته غير مخلوطة بالحنطة؛ لأن الحنطة تنتقص باختلاطها بالشعير ودخلت في البيع بهذه الصفة، فلا يضرب بقيمتها إلا بالصفة التي بيعت بها، والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة، لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة، فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطة، فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط، كذا قالوا.

قيل: إن هذا الجواب إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة: أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط، [وأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة: المخلوط](١): ملك للخالط، وحقهما في ذمته.. فلا يباع ماله في دينهما؛ لما فيه من الحجر عليه، وأبو حنيفة لا يرى ذلك.

وقال ابن الهمام: والأصح: أنه قولهم جميعاً؛ لأن ملكهما، وإن انقطع عن المخلوط.. فالحق فيه باق ما لم يصل [إلى] كل [واحد] منهما بدل ملكه، ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان؛ فلبقاء حقهما كان لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط؛ إما صلحاً بالتراضي، أو بيعاً وقسمة الثمن على الوجه الذي ذكرناه.

وأما إذا اتفقا على الخلط ورضيا به كما نحن فيه؛ فإن خلطا جنساً واحداً مثلياً مكيلاً أو موزوناً أو عددياً متقارباً.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة عقد عند محمد، وشركة ملك عند أبي يوسف.

---

(١) نقص من المخطوط, تم استدراكه من «المبسوط» (١١/١١١).

فإذا باعاه.. انقسم على ما عقداه عند محمد، وعلى قدر ملك كل واحد منهما عند أبي يوسف.

ولو كان المخلوط غير مثلي؛ كالثياب فباعاه بثمن واحد.. اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم البيع باتفاقها؛ لأن كلًّا منهما بائع لملكه، والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض المحض، فيقسم عليهما باعتبار القيمة.

وإن خلطا جنسين مثلين.. يصير المخلوط مشتركاً بينهما شركة ملك.

فإن باعاه.. فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما على ما هو الحكم في شركة الملك.

قالوا: يكون الثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطاً؛ لأن الثمن بدل المبيع، فيقسم على قيمة ملك كل منهما، وملك كل منهما كان معلوماً بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة، لكن مخلوطاً [٧٤٢/ب] إن لم تزدد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة، وإن كان أحدهما يزيده الخلط خيراً؛ فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط على ما ذكرناه آنفاً في الحنطة والشعير، من أن بالخلط تنقص قيمة الحنطة وتزيد قيمة الشعير، فصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة، وصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط.

وقد طعن عيسى بن أبان في الفصلين جميعاً وقال: قولهم في الفصل الأول: إنه يعتبر قيمته يوم خلطاه، وفي الفصل الثاني: يوم يقتسمون: كلاهما غلط، بل الصحيح: يقسم الثمن على قيمة متاع كل منهما يوم البيع لا يوم الخلط، ولا يوم القسمة؛ لأن استحقاق الثمن بالبيع، فصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل؛ فإن قسمة الثمن على القيمة وقت البيع، اللهم إلا أن تكون قيمة يوم البيع ويوم الخلط ويوم القسمة سواء.

وَشركَةُ عَنَانَ، وَهِيَ أَن يشترِكا متساويَيْنِ فِيمَا ذُكِرَ أَو غيرَ متساويَيْنِ.

وأجاب عنه شمس الأئمة: بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق، وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع؛ فإذا تعذر هذا.. وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما؛ كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها.. فهو ضامن بقيمة نصيب شريكه وقت الولادة؛ لتعذر معرفتها وقت العتق، فيصار إلى تقويمه في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة، فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل منهما في أول أوقات الإمكان، وهو عند الخلط.

إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر.. فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقُّننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر، فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال.. فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة، فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما.

بخلاف ما إذا لم يخلطا؛ لأن تقويم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن، فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع.

(وشركة عنان): عطف على شركة مفاوضة - وهو بفتح العين - مأخوذ من: «عنَّ» إذا عرض، سمي به؛ لأنه شيء عرض في هذا القدر [٧٤٣/أ] لا على العموم على الوكالة والكفالة.

وقيل: إنه مأخوذ من عنان الفرس؛ لأن الفارس يمسك العنان بإحدى يديه ويتصرف بالأخرى.. فكذلك الشريك ههنا يشارك في بعض ماله وينفرد بالباقي.

(وهي: أن يشتركا متساويين فيما ذكر) في المفاوضة، (أو غير متساويين) فيه؛ لعدم اشتراط المساواة؛ لأن اللفظ لا ينبئ عنها على ما ذكرناه، وحكم التصرف لا يثبت على خلاف مقتضى اللفظ.

وتتضمَّنُ الْوكَالَةَ دونَ الْكفَالَةِ.

وَتَصِحُّ فِي نوعٍ مِنَ التِّجَارَاتِ، أَو فِي عمومِهَا، ....

(وتتضمن: **الوكالة**) لما ذكرناه في المفاوضة، (**دون الكفالة**)؛ لعدم اشتراط المساواة فيه، ولأن الكفالة مختصة بالمفاوضة على ما تقدم، حتى لو ذكر الكفالة في العقد وكانت باقي شروطها متوفرة.. انعقدت مفاوضة؛ لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد أن ذكر جميع شروطها، وإن لم تكن متوفرة.. ينبغي أن ينعقد عناناً.

ثم هل تبطل الكفالة أم لا تبطل؟

ففي «فتح القدير»: يمكن أن يقال: إنها تبطل؛ لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة.

ويمكن أن يقال: لا تبطل؛ لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها.. فتصح عناناً، ثم تكون كفالة كل منهما الآخر زيادة على نفس الشركة، وصار كما أنها تكون عناناً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم، إلا أن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة بمجهول.. فلا تصح إلا ضمناً؛ فإذا لم تكن مما تضمها الشركة.. لم يكن ثبوتها إلا قصداً، فلا تصح.

(**وتصح في نوع من التجارات**)؛ كالبر والطعام ونحوهما.

(**أو في عمومها**)؛ حتى لو اشتركا وقالا: نشترك في قليل وكثير من أنواع التجارات كلها، ونعمل في ذلك برأينا، ونشتري بالنقد والنسيئة، فما رزقه الله تعالى فهو بيننا.. تصح شركة عنان لما ذكرناه، وإذا صح بالنقد والنسيئة.. صح تقييده بالنقد؛ كما صح تقييدها بالمكان، فيضمن بالخلاف.

قال في «الخلاصة»: والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى نيسابور ولا تجاوز، فجاوز فهلك.. يضمن حصة شريكة.

وببعضِ مَالِ كلٍّ مِنْهُمَا، وبكلِّهِ، وَمَعَ التَّفَاضُلِ فِي رَأْسِ المَالِ وَالرِّبْحِ، وَمَعَ التَّسَاوِي فيهمَا أَوَفِي أَحدِهمَا دونَ الآخَرِ ....

والتقييد بالنقد صحيح أيضاً، حتى لو قال لشريكه: لا تبع بالنسيئة.. صح التقييد.

ولو اشتركا شركة عنان على أن يبيعا بالنقد والنسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع [٧٤٣/ب] نسيئة.. صح النهي. انتهى.

(**وببعض مال كل منهما**) مما يصح فيه المفاوضة؛ لما ذكرناه من عدم اشتراط المساواة، (**وبكلِّه**).

(**و**) تصح (**مع التفاضل في رأس المال والربح**) جميعاً، (**ومع التساوي فيهما**) جميعاً، (**أو في أحدهما دون الآخر**)؛ أي: مع التساوي في رأس المال والتفاضل في الربح أو بالعكس، خلافاً لزفر والشافعي، قالا: لا يجوز التفاضل في أحدهما مع التساوي في الآخر، بل لا بد أن يكون الربح على قدر رأس ماليهما؛ لئلا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً.. فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان؛ إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأنه لا يجوز اشتراط الوضيعة، فكذا الربح.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: «الربح على ما اشترطا، والوضيعة على المال»، وروي مرفوعاً أيضاً.

ولأن الربح كما يستحق بالمال.. يستحق بالعمل أيضاً كالمضارب؛ فإن أحدهما قد يكون أحذق وأهدى، أو أكثر عملاً وأقوى من الآخر، فلا يرضى بالمساواة، فمست الحاجة إلى التفاضل.. فيكون الربح على ما شرطا والوضيعة على المال.

بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما؛ لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى: قرض باشتراطه للعامل، وإلى: بضاعة باشتراطه لرب المال، وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما؛ لأنه يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال

عِنْدَ عَمَلِهِما، وَمَعَ زِيَادَةِ الرِّبْحِ لِلْعَامِلِ عِنْدَ عَمَلِ أَحدِهمَا، ....

الشريك، ويشبه شركة المفاوضة اسماً وعملاً؛ لأنهما يعملان معاً، فعملنا بشبه المضاربة، وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان، وعملنا بشبه الشركة، وقلنا: لا تبطل باشتراط العمل عليها.

وإن لم يشترطا شيئاً من الربح، بل أطلقا.. فالربح على قدر مالهما.

ثم صاحب «الهداية» ومن تبعه أطلق جواز هذا العقد مع التساوي في المال والتفاضل في الربح، وكذا في عكسه.

وقيده بعض مشايخنا باشتراط العمل عليها؛ سواء عملا أو عمل أحدهما، أو باشتراطه على من شرط له زيادة الربح، ولو شرطا العمل على أقلهما ربحاً.. لا يجوز على ما صرح به في «فتح القدير» وغيره.

وإليه أشار المصنف بقوله: (**عند**) اشتراك (**عملهما**)؛ أي: العاقدين.

(**ومع زيادة الربح للعامل عند**) اشتراط (**عمل أحدهما**).

توضيحها: أن شركة العنان:

إما مع التفاضل في رأس المال؛ مثل أن يكون لأحدهما ألف، وللآخر ألفان مثلاً.. فاشتركا.

وإما مع التساوي فيه [٧٤٤/أ].

والأول: لا يخلو.

أما إن شرط الربح والوضيعة بينهما نصفين.. وذلك لا يجوز مطلقاً، حتى لو هلك بعضه.. هلك عليهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألفين يريد أن يجعل ربح ماله مضموناً عليه بغير سبب، وذلك لا يجوز؛ لأن الوضيعة على المال على ما رويناه، لكن لا تفسد الشركة؛ لأن النهي عن الشرط لا عن العقد.

بخلاف البيع: لأن النهي هناك عن البيع والشرط فيفسدان جميعاً.

وأما إن شرطا الوضيعة أثلاثاً، والربح نصفين، والعمل على صاحب الألف.

وأما إن شرطا الربح والوضيعة على قدر مال كل منهما، والعمل على أحدهما بعينه وهذه الثلاثة جائزة.

وأما إن شرطا الربح نصفين والوضيعة على قدر ماليهما، والعمل على صاحب الألفين، وذلك الشرط لم يجز والربح بينهما أثلاثاً؛ لأن صاحب الألف يشترط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال، والربح إنما يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان.

والثاني: لا يخلو: **أما إن** شرطا التفاضل في الربح والعمل عليهما، وذلك جائز عند الثلاثة على ما ذكرناه، ويكون الربح بينهما على ما شرطا وإن عمل أحدهما دون الآخر.

وأما إن شرطا الآخر على أحدهما؛

فإن شرطا الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.. جاز؛ ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل، له ربحه، وعليه وضيعته.

وإن شرطا الربح للعامل أكثر من ماله.. جاز أيضاً على الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة.

ولو شرطا الربح للدافع أكثر من ماله.. لا يصح الشرط [ويكون مال الرافع][1] عند العامل بضاعة، لكل واحد منهما ربح ماله، والوضيعة بينهما على قدر ماليهما أبداً.

ولا يخفى عليك: أن المراد بزيادة الربح ههنا: هو الزيادة بغير تعيينٍ بمرتبة من مراتب العدد من العشرة ونحوها؛ لأن هذا اشتراط الزيادة المعينة لأحدهما: يبطل الشركة على ما تقدم في أول الكتاب؛ مثل أن يشترط الثلثين من الربح لأحدهما والثلث للآخر.

(١) نقص من المخطوط, تم استدراكه من «العناية» (٦/١٧٧).

وَمَعَ كَوْنِ مَالِ أَحدِهمَا دَرَاهِمَ وَالْآخرِ دَنَانِيرَ.

وَلَا يشْتَرطُ الْخَلْطُ فِيهَا أَيْضاً، ....

(و) يصح (مع كون مال أحدهما دراهم والآخر دنانير)، أو من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود؛ لعدم اشتراط الاتحاد في الجنس عندنا، خلافاً لزفر والشافعي على ما سيأتي.

(ولا يشترط الخلط فيها)؛ أي: في شركة العنان (أيضاً)؛ أي: كما في المفاوضة، وبه قال أحمد ومالك.

إلا إن مالكاً: شرط أن يكون تحت يديهما، بأن يكون في [٧٤٤/ب] حانوت، أو في يد وكيلهما.

وقال الشافعي وزفر في رواية: لا تجوز بلا خلط؛ لأن الربح فرع المال، ولا يكون الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل، والشركة في الأصل لا تكون إلا بالخلط؛ لأن معناها: الاختلاط أو الخلط، فلا يتحقق شركة بلا خلط، وإنما كان الربح فرع المال؛ لأن محل الشركة هو المال، ولهذا تضاف إليه، ويقال: شركة المال ويشترط تعيين رأس المال، وما اعتبر التعيين.. إلا لتكون الشركة في الثمرة مستندة إلى المال.

بخلاف المضاربة؛ لأنها ليست شركة، وإنما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح أجرة على عمله.

أما ههنا.. فبخلافه قال في «الهداية»: إن كون الربح فرع المال أصل كبير لهما، حتى يتفرع عليه: اعتبار اتحاد الجنس، واشتراط الخلط، وعدم جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال، وعدم جواز شركة التقبل والأعمال؛ لانعدام المال.

ولنا: أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، وكل ما هو مستند إليه.. فهو الأصل؛ لأن الأصل هو العقد؛ أما الكبرى.. فظاهر، وأما الصغرى.. فلأن العقد يسمى شركة دون المال، وإذا سمي العقد بالشركة.. فلا بد من تحقيق معناه

فيه وفي فرعه - وهو الربح - لا في المال، فلم يكن الخلط شرطاً في المال، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان عند الشراء بهما ما فيه الربح، حتى جاز مكانهما أن يدفع غيرهما، وإذا لم يتعينا.. لم يكن الربح مستفاداً بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط، بل إنما كان مستفاداً بالتصرف فيه.

وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط.. تحققت في المستفاد به بدون الخلط أيضاً، وصار كالمضاربة في تحقق الشركة في الربح بدون الخلط في رأس المال؛ فإن الربح مشترك فيها بسبب العقد لا بسبب المال، وإذا بطل الأصل المذكور.. بطلت الفروع المترتبة عليه، فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح، وتصح شركة التقبل والأعمال.

فإن قيل: لو كان العقد هو الأصل دون المال.. لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتريا به شيئاً؛ لأن هلاك المال وبقاءه إذ ذاك: بمنزلة؛ لكون الأصل وهو العقد قد وجد والمال موجود.. فلا يبالى بعد ذلك ببقائه.

أجيب: بأن بقاء الأصل شرط لوجود الفرع، والأصل قد انتفى بانتفاء شرطه - وهو المحل، وهو: المال - فكذلك الفرع.

فإن قيل: إن الربح [٧٤٥/أ] في الحقيقة يحصل من التصرف، والتصرف يحصل من العقد؛ لأن كلًّا منهما يتصرف بسبب العقد في كل المال؛ في بعضه: أصالة، وفي بعضه: وكالة، فكان العقد علة العلة لا نفس العلة، وإنما العلة هي التصرف في المال.

أجيب: بأن الحكم كما يضاف إلى العلة.. يضاف إلى علة العلة أيضاً، وإضافة الفرع إلى العقد من قبيل الإضافة إلى علة العلة فيصح أن يكون أصلاً للربح.

وأما المال.. فلا يكون علة، ولا علة علة أصلاً، وإنما هو شرط خارج لعلة العلة.

والوضيعةُ على قدرِ المَالِ وَإِن شَرَطا غيرَ ذَلِكَ.

وَمَا شراهُ كلٌّ مِنْهُمَا.. طُولِبَ بِثمنِهِ هُوَ فَقَط وَرجعَ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ

أقول: قد تقرر في «الأصول»: أن الإضافة إلى علة العلة مجاز، والحكم إنما يضاف حقيقة إلى العلة؛ إذ لا تأثير للعلة البعيدة في الحكم، والحقيقة أولى بالاعتبار من المجاز في حكم يبتنى على الإضافة.

فالأولى في الجواب أن يقال: إن الربح يضاف إلى التصرف في حصوله، وإلى العقد في حله، وكلامنا ليس في حصوله؛ لأنه معلوم عندنا.

وعند الخصم: إن حصوله بالتصرف، وإنما الكلام في حلّه، ولا شك أن حلّه إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف؛ فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذوناً فيه شرعاً.. لا يوجب حل الربح للمتصرف؛ كما في المبضع والوكيل بالبيع.. فكان العقد علة قريبة لحل الربح، وعلة بعيدة لحصوله، فكان إضافة الربح من حيث حله إضافة إلى علته لا إلى علة العلة.

(**والوضيعة**) - أي: النقصان والضرر - (**على قدر المال وإن شرطا غير ذلك**)، لما روينا: أن الربح على ما شرطا، والوضيعة على المال.

فعلم منه: أن جميع المال لو كان لأحدهما ولا شيء للآخر سوى العمل.. لا تصح الشركة، والوضيعة كلها على العامل.

وهل يلزم للعامل أجر مثل عمله؟

قالوا: يلزم؛ لأنه استوفى منفعة عمله بعقد فاسد، فيلزمه أجر المثل.

(**وما شراه كل منهما طولب بثمنه هو**) - أي: المشتري - (**فقط**)؛ أي: دون الشريك الآخر، لما مر: أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق.

(**ورجع**)؛ أي: المشتري المطالَب بالثمن (**على شريكه بحصته**)؛ أي: حصة شريكه.

مِنْهُ إِن أَدَّاهُ من مَالِهِ.

(منه) - أي: من الثمن - **(إن أداه من ماله)**؛ لأنه وكيل من جهته في حصته؛ فإذا نقد من مال نفسه.. يرجع عليه؛ فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله.. فعليه الحجة؛ لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر.. فالقول للمنكر مع يمينه [٧٤٥/ب]، والبينة لمدعي الوجوب في ذمة المنكر، ولكن فيما يرجع إلى مال الشركة، بخلاف الاستقراض؛ لما في «قاضي خان».

لو قال أحد شريكي العنان: إني استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة.. لزمه خاصة دون صاحبه؛ لأن قوله لا يكون حجة للدين عليه.

وإن وكل كل واحد منهما صاحبه بالاستدانة.. لا يصح الأمر، ولا يملك الاستدانة على صاحبه، ويرجع عليه لا على صاحبه؛ لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض، [وهو] باطل؛ لأنه توكيل بالتَّكدِّي، إلا أن يقول الوكيل للمقرض: إن فلاناً يستقرض منك ألف درهم.. فحينئذٍ يكون المال على الموكل لا على الوكيل. انتهى.

وههنا مسألة واقعة الفتوى: اشترى أحد الشريكين عيناً ونقد الثمن من مال الشركة، ثم ادعى شراءه لنفسه خاصة، هل يقبل قوله أم لا؟

أجاب في «فتاوى قارئ الهداية»: بأنه إن كانت شركة عنان وله بينةٌ أنه عند العقد صرح بالشراء لنفسه خاصة.. فالمشترى له، وإن لم يكن له بينة؛ فإن نقد من مال الشركة.. فالمشترى على الشركة. انتهى.

أقول: في هذا الجواب نظر؛ لأن أحد الشريكين لا يملك بشراء الشيء لنفسه بدون إذن صاحبه فيما هو من نوع تجارتهما.

ألا ترى أنه قال في الفصل الثالث من «الخلاصة»: أحد الشريكين إذا قال لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت الشريك فاشتراها.. لا تكون له، ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

وَتبطلُ الشّركَةُ بِهَلَاكِ الْمَالَيْنِ، أَو أَحدِهمَا قبلَ الشِّرَاءِ.

فعلم منه: أن المشترى في المسألة المذكورة مشترك بينهما، لا للمشتري فقط.

ولهذا قال في الفصل الثاني من «البزازية»: ولكل من الشريكين أن يشتري؛ إن كان في يده مال الشركة.. فهو على الشركة، وإن لم يكن فاشترى بدراهم ودنانير.. فالشراء له خاصة دون شريكه، لأنه لو صار على الشركة.. يصير مستديناً على شريكه، وإنه لا يملك ذلك. انتهى.

(**وتبطل الشركة بهلاك المالين**)؛ أي: مال المفاوضة والعنان على ما في شرح «النقاية» نقلاً عن «المغني»، فتكون الشركة أعم من المفاوضة والعنان.

يعني: يبطل كل من المفاوضة والعنان بهلاك مال الشريكين في كل من الشركتين.

(**أو أحدهما**)؛ أي: أحد المالين في كل من الشركتين (**قبل الشراء**).

أما إذا هلكا.. فلأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال المعين؛ لأن المال يتعين بالتعيين [٧٤٦/أ] في الشركة؛ كما يتعين في الهبة والوصية، وبهلاك المعقود عليه.. يبطل العقد؛ كما في البيع؛ لفوات المحل.

بخلاف المضاربة والوكالة المفردة؛ لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين، وإنما يتعينان بالقبض؛ فإنه لو وكل رجلاً بأن يشتري له بهذه الدراهم شيئاً، فاشترى الوكيل قبل قبض الدراهم المشارَ إليه، ثم هلكت تلك الدراهم.. فإنه كان مشترياً لموكله، فيرجع على الموكل بمثل تلك الدراهم؛ لأن مقصود الموكل تحصيل العين، وتحصيل العين كما يتحقق بهذا المال.. يتحقق بمال آخر أيضاً.

وكذلك المضاربة؛ فإن مقصود رب المال تحصيل الربح، وذلك يحصل بهذا المال وبمال آخر.

بخلاف الشركة؛ لأن الشركة في العين تتحقق لا في غيره؛ فعيناه تحقيقاً للمعقود.

وَهُوَ على مَالِكِهِ قبلَ الْخَلْطِ.. هلكَ فِي يَدِهِ أَو فِي يَدِ الآخرِ.

وَعَلَيْهِمَا بعدَهُ فَإِن هلكَ بَعْدَمَا شرى الآخرُ بِمَالِهِ.. فالمشرِيُّ بَينَهمَا، ....

واعلم: أن صاحب «الهداية» جعل المضاربة والوكالة المفردة في حكم واحد في عدم تعيين المال فيهما بالتعيين.

وقال في «العناية» نقلاً عن فخر الإسلام: إن المضاربة مثل الشركة في تعين المال فيهما بالتعيين، حتى إذا هلك المال قبل التسليم إلى المضارب.. بطلت المضاربة، فحملوها على الروايتين:

ففي رواية صاحب «الهداية»: إنها مثل الوكالة المفردة.

وفي رواية فخر الإسلام: مثل الشركة.

وإنما قيد الوكالة بالمفردة؛ احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة، وفي ضمن الرهن؛ فإن هذه الوكالة لكونها ضمنية.. تبطل ببطلان الشركة والرهن؛ لأن التابع يبطل ببطلان المتبوع، هذا فيما إذا هلك المالان.

وأما إذا هلك أحدهما: فلأن الآخر ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا بشركته في ماله أيضاً، وإذا فات ذلك.. لم يكن راضياً بشركته، فيبطل العقد؛ لعدم فائدته.

(وهو) - أي: الهلاك - **(على مالكه قبل الخلط.. هلك في يده، أو في يد الآخر)**؛ أي الشريك.

أما الأول: فلأنه باق على ملكه، وأما الثاني: فلأنه أمانة عنده قبل الخلط.

(وعليهما بعده)؛ لعدم التمييز بينهما بعد الخلط.

وتبطل الشركة إن هلك الكل.

وإن هلك بعضه.. فيبطل في مقدار ما هلك، وتبقى في الباقي.

(فإن هلك) مال أحدهما **(بعدما شرى الآخر بماله.. فالمشري بينهما)** على ما شرطا؛ لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة [٧٤٦/ب] وقت الشراء.. فلا يتغير الحكم بهلاك مال أحدهما بعد شراء الآخر.

وَرجعَ المُشْتَرِي على شَرِيكِهِ بِثمنِ حِصَّتِهِ.

وَإِن هلكَ قبلَ شِرَاءِ الآخرِ؛ فَإِن كَانَ وَكَّلَهُ حِينَ الشَّركَةِ صَرِيحاً.. فَالْمُشْتَرَى لَهما شركَةَ مِلكٍ، وَرجعَ بِحِصَّتِهِ، وإِلَّا.. فَلِلْمُشْتَرِي فَقَط.

ثم هذه الشركة - أي: الشركة الواقعة في المشترى بعد هلاك مال الآخر - شركة عقد عند محمد، خلافاً للحسن بن زياد: فإنها شركة ملك عنده، حتى لا ينفذ بيع أحدهما إلا في نصيبه.

وجه قوله: أن شركة العقد بطلت بهلاك المال، فصار كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر، ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك.. فيلزم انفراد الملك؛ لعدم ما يوجب زيادة عليه.

ولمحمد: إن هلاك مال أحدهما إذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء بها.. فلا يكون الهلاك مبطلاً شركة العقد بينهما بعد تمامها؛ كما لو كان بعد الشراء بالمالين، ثم هلك المالان قبل النقد.. فإن شركة العقد باقية بينهما.

(**ورجع المشتري على شريكه بثمن حصته**)؛ أي: حصة شريكه من الثمن؛ لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه.

(**وإن هلك**) مال أحدهما (**قبل شراء الآخر؛ فإن كان وكله حين الشركة صريحاً.. فالمشترى لهما**) على ما شرطا؛ لأن الشركة إن بطلت.. فالوكالة المصرح بها قائمة، فكان مشتركاً بينهما بحكم الوكالة المصرح بها في «المبسوط» بقوله: بأن قالا عند عقد الشركة: على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركاً بينهما.

هذا؛ فإذا كان المشترى لهما.. تكون الشركة فيه (**شركة ملك**) لبطلان شركة العقد.

(**ورجع**) على شريكه (**بحصته**)؛ لأنه وكيل من جهته، ونقد الثمن من مال نفسه.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يوكله صريحاً، بل قد كان ذكر مجرد الشركة (.. **فللمشتري فقط**)؛ لأن وقوع المشترى على الشركة بينهما، بحكم الوكالة التي تضمنتها الشركة؛

وَلكُلٍّ مِن شَرِيكَي الْمُفَاوضَةِ والعَنَانِ أَن يُبْضِعَ، ويُضارِبَ، ويستأجرَ، ويوكِّلَ، ويُودِعَ.

وَيَدُهُ فِي المَالِ يَدُ أَمَانَةٍ.

فإذا بطلت الشركة.. بطل ما في ضمنها أيضاً.

بخلاف ما إذا صرح بالوكالة؛ لأنها مقصودة.

(**ولكل من شريكي المفاوضة والعنان: أن يبضع**)؛ لاعتياد الناس في عقد الشركة الإبضاع، وهو: أن يعطي مالاً لرجل ويشترط الربح كله لرب المال.

(**ويضارب**)؛ لأن المضاربة: هي المشاركة في الربح فقط، فتكون دون الشركة فتضمنها.

وعن أبي حنيفة: أنه ليس له ذلك؛ لأنها نوع شركة، والشيء لا يتضمن مثله.

والأول: أصح على ما في «الهداية»؛ لأن الشركة غير مقصودة في المضاربة، وإنما المقصود: تحصيل الربح [٧٤٧/أ].

(**ويستأجر ويوكل**) بالبيع والشراء.

(**ويودع**)؛ للاعتياد بينهم في عقد الشركة، ولا يقرض واحد منهما؛ كما في «الحاوي القدسي».

(**ويده**)؛ أي: يد كل من الشريكين مفاوضةً أو عناناً (**في المال يد أمانة**)؛ لأنه قبض المال بإذن المالك، لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة.. فيقبل قول كل منهما فيما يدعيه من الضياع والدفع؛ لما في «الحاوي القدسي»: والشريكان أمينان، يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه فيما يدعيه من ضياع المال مع يمينه.

وكذا أمين في الدفع أيضاً؛ كما في «تنوير الأبصار»؛ حيث قال: وهو أمين في المال، فيقبل قوله في الدفع إلى شريكه، ولو بعد موته. انتهى.

ولكل واحد منهما أن يشتري بالنسيئة وإن كان مال الشركة في يده استحساناً.

وليس لأحد شريكي العنان رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له.

بخلاف المفاوض: فإن له أن يرهن ويرتهن على شريكه؛ فإن رهن في العنان متاعاً من مال الشركة بدين عليهما.. لم يجز، وكان ضامناً للرهن.

ولو ارتهن بدين لهما.. لم يجز على شريكه؛ فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء.. ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المديون، ويرجع المديون بنصف قيمة الرهن على المرتهن.

وإن شاء شريك المرتهن.. ضمن شريكه حصته من الدين؛ لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء.

وكذا إذا باع أحدهما.. فليس للآخر قبضه، وللمديون أن يمتنع من دفعه؛ فإن دفعه إليه.. برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر.

وليس لواحد منهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه، والخصومة للذي باع وعليه.

ولا أن يؤخر ديناً؛ فإن أخره.. لم يمض على الآخر، وكذا لا يمضي إقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الآخر.

فإن أقر وأنكر الآخر.. لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلاً كان أو مباشراً.

وإن أقر أنهما ولياه وأنكر الآخر.. لزمه نصفه.

ولو اشترى أحدهما شيئاً فوجد به عيباً.. لم يكن للآخر أن يرده؛ لأن ذلك من حقوق العقد فيرجع على العاقد، بخلاف المفاوض في جميع ذلك؛ فإنه يمضي إقراره على الآخر، ويجوز قبض كل من المفاوضين [٧٤٧/ب] ما أدانه الآخر، أو

وَشركَةُ الصنائعِ والتقبُّلِ، وَهِي: أَن يَشْتَرِكَ خيَّاطانِ، أَو صبَّاغٌ وخيَّاطٌ على أَن يتقبَّلا الْأَعْمَالَ، وَيكونُ الْكسْبُ بَينَهمَا.

وَلَو شَرَطا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ، وَالرِّبْحَ أَثلَاثاً.. جَازَ.

وكلُّ عملٍ تقبَّلَهُ أَحدُهمَا.. يلْزمُهُمَا،........................

أداناه، أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك، أو يرد بعيب ما اشتراه الآخر، وكلّ منهما خصم عن الآخر، يطالب بما على صاحبه، وتقام عليه البينة. كذا في «فتح القدير».

(**وشركة الصنائع والتقبل**) - عطف على شركة عنان - (**وهي: أن يشترك خياطان، أو صباغ وخياط: على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما**)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لما ذكرناه من أصله: أن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال، ولا مال ههنا.

قلنا: المقصود من هذا العقد تحصيل الربح، وهو ممكن بالتوكيل بينهما، ولا حاجة إلى مال، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان، خلافاً لمالك وزفر.

قلنا: إن المعنى المجوز لهذه الشركة - وهو تحصيل الربح - لا يتفاوت بتفاوت العمل والمكان.

(**ولو شرطا العمل نصفين، والربح أثلاثا.. جاز**) في الاستحسان؛ لأن ما يأخذه كل واحد منهما لا يأخذه ربحاً؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة؛ لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو ههنا مختلف؛ لأن رأس المال عمل، والربح مال، فإنما يقال له ربح مجازاً، وإذا لم يكن المأخوذ ربحاً حقيقة.. فإنما هو بدل عمله، والعمل يتقوم بالتقوم، فيقدر بقدر ما قوم به، فلا تحرم.

(**وكلّ عمل تقبّله أحدهما يلزمهما**)، وهذا ظاهر في شركة المفاوضة: لتضمنها معنى الكفالة على ما مر، وفي العنان: استحسان، وجهه: أن هذه الشركة مقتضية

فعلى كلٍّ مِنْهُمَا الطَّلبُ بِالْعَمَلِ.

وَلكُلٍّ مِنْهُمَا طلبَ الْأَجرِ.

وَيبرأُ الدَّافِعُ بِالدفعِ إِلَى أَحدِهمَا.

وَالْكَسْبُ بَينَهمَا.

وَإِن عملَ أَحدُهمَا فَقَط.

وَشركَةُ الْوُجُوه، وَهِيَ: أَن يَشتَرِكا وَلَا مَالَ لَهُما على أَن يشتريا بوجوههما ويبيعا.

وَالرِّبْحُ بَينَهمَا؛ ....

للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، فجرى مجرى المفاوضة.

(**فعلى كل منهما**) أي: من الشريكين : (**الطلب بالعمل، ولكلّ منهما طلب الأجر**) لكون العمل مضموناً عليه، (**ويبرأ الدافع**) أي: دافع الأجر (**بالدفع إلى أحدهما، والكسب بينهما**) على ما شرطا، (**وإن**) - وصلية - (**عمل أحدهما فقط**)؛ لعدم اشتراط المساواة في العمل.

(**وشركة الوجوه**) - عطف على شركة الصنائع - (**وهي أن يشتركا، ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما**) أي بوجاهتهما، ولهذا سمي بشركة الوجوه؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس.

(**ويبيعا**) أي: بوجوههما.

(**والربح بينهما**) على ما شرطا.

وقال الشافعي: لا تجوز شركة الوجوه؛ لما مر من أصله: أن الربح عنده فرع، ولا مال هنا.

قلنا: إن الشركة في الربح [٧٤٨/أ] مستندة إلى العقد لا إلى المال على ما بيناه.

فَإِن شرطاها مُفَاوَضَةً.. صحَّت، ومطلَقُها: عنانٌ.

وتتضمَّنُ الْوكَالَةَ فِيمَا يشتريانِهِ.

فَإِن شَرَطا مُنَاصَفَةَ الْمُشْتَرِي أَو مثالثَتَهُ.. فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ.

وَشرطُ الْفضلِ بَاطِلٌ.

(**فإن شرطاها مفاوضة.. صحت**) إذا كانا من أهل الكفالة؛ لأنه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الثمن والمثمن، فيكون ثمن المشترى على كلّ واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين.

ولا بدّ من التلفظ بلفظ المفاوضة أو ما يقوم مقامه.

وإذا أطلقت من لفظ المفاوضة.. كانت عناناً؛ لأن المطلق ينصرف إليه؛ لكونه المعتاد فيما بين الناس، وإليه أشار بقوله : (**ومطلقها: عنان**) أي: مطلق شركة الوجوه.

(**وتتضمن**) شركة الوجوه : (**الوكالة**) أي: وكالة كل منهما عن الآخر (**فيما يشتريانه**)؛ لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية، ولا ولاية ههنا.. فتتعين الأولى.

(**فإن شرطا مناصفة المشتري أو مثالثته.. فالربح كذلك**) أي: على المناصفة أو المثالثة.

(**وشرط الفضل**) في الربح (**باطل**)؛ لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل أو بالمال أو بالضمان، فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف مثلاً بالضمان؛ لأنه ضامن، ولا يستحق بما سوى ذلك.

وفي شركة الوجوه: إنما يستحقه بالضمان لا بالمال ولا بالعمل، والضمان على قدر الملك في المشترى، فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن.. فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها؛ لأن المال في الوجوه مضمون على كلّ واحد من الشريكين.

وأما المال في المضاربة.. فليس بمضمون على المضارب، ولا العمل على رب المال، بخلاف العنان؛ فإنه في معنى المضاربة من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه؛ كالمضارب يعمل في مال رب المال، فليحق بها.

اعترض بأن ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهة بالمضاربة.. لصحت الشركة بالعروض في العنان، لكنه لا يجوز ذلك؛ لكونه مؤدّياً إلى ربح ما لم يضمن على ما تقدّم.

وأجيب: بأن عدم جواز الشركة بالعروض في العنان ليس لمجرّد تأدّيه إلى ربح ما لم يضمن، بل لأنه انضم إلى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة، حتى لو كان الضمان بالعروض مؤدّياً إلى ربح ما لم يضمن فقط.. لاغتفرناه، لكنه انضم إلى ذلك هذه الجهالة؛ فمنعناه، وليس في المضاربة ما يقتضي اغتفاره حتى يلحق به.

* * *

تَتِمَّة في فَسْخِ الشَّرِكَة

[٧٤٨/ب] قالوا: إنكار الشركة فسخ، وهل يقبل التوقيت؟

ففي أوّل شركة «البزازية»: فيه روايتان كما في الوكالة، حتى لو قال: ما اشتريت اليوم فهو بيننا، فاشترى في اليوم شيئاً.. فهو بينهما، وما اشترى بعد اليوم.. فللمشتري خاصة، وهو الصحيح.

والتقييد بالمكان صحيح، حتى لو قال أحد الشريكين لصاحبه: اخرج إلى خوارزم ولا تتجاوزه.. صح، فلو جاوز عنه.. ضمن حصة شريكه.

والتقييد بالنقد صحيح، حق لو قال لصاحبه: لا تبع بالنسيئة.. صحّ.

ولو اشتركا عناناً على أن يبيعا نقداً ونسيئة، ثم نهى أحدهما صاحبه عن البيع نسيئة.. صح.

ثم قال في الفصل الثالث: وعن الثاني: ليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة بلا إذن الآخر؛ فإن سافر فهلك في يده.. لا ضمان فيما لا حمل ولا مؤنة له، ويضمن ما له حمل ومؤنة.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَا تجوزُ الشّركَةُ فِيمَا لَا تصحُّ الْوكَالَةُ؛ كالاحتطابِ، والاحتشاشِ، والاصطيادِ، والاستقاءِ.

وَمَا جمَعَهُ كلُّ وَاحِدٍ.. فَلهُ.

(فَصْلٌ)

في بَيَانِ الشَّرِكَة الفَاسِدَة

(**ولا تجوز الشركة فيما لا تصح الوكالة**) به (**كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء، وما جمعه كل واحد**) منهما (**..فله**)؛ لأن هذه الأشياء مباحة الأخذ، والشركة تقتضي التوكيل على ما مر، والتوكيل يقتضي صحة أمر الموكل، ولكنه لا يصح للإباحة، ولأن الوكيل إنما يملكه بدون أمر الموكل، فلا يصح أن يكون نائباً عنه.

وقال في «فتح القدير»: وعلى هذا: الاشتراك في كلّ مباح؛ كأخذ الكلأ والثمار من الجبال؛ كالجوز والتين والفستق وغيرها، وكذا في نقل الطين وبيعه من أرض مباحة، أو الحصى أو الملح أو الثلج أو الكحل أو المعدن أو الكنوز الجاهلية.

وكذا إذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك ويطبخا آجراً، هذا قبل خلط كلّ ما جمعه.

وأما بعد الخلط: ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: وإن أخذاه منفردين وخلطاه وباعاه.. قسم الثمن بنيهما على قدر ملكهما؛ فإن لم يعرف ملك كل واحد منهما.. يصدق كلّ واحد منهما إلى النصف، وفي الزيادة على النصف: عليه البَيِّنَة؛ لأن الشركة تعتمد الوكالة، ولو وكلّ إنساناً بأن يحتطب له.. لا يصح التوكيل، ويكون الحطب للمحتطب لا للموكل. انتهى.

أقول: قد ظهر منه: أنه يصدق بيمينه في دعوى الزيادة في الشركة الصحيحة؛ لصحة الوكالة فيها، والدليل على ما قلنا [٧٤٩/أ]: ما ذكره في وكالة «الأشباه»:

وَإِن أَعَانَهُ الآخرُ.. فَلهُ أَجْرُ مِثلِهِ، لَا يُزَادُ على نِصفِ ثَمَنِ الْمَأْخُوذِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَمَا أخذَاهُ مَعاً.. فَلَهُمَا نِصْفَيْنِ.

الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه، إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادّعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه في حياته ودفعه إليه.. فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة كما في «الولوالجي» انتهى.

وقد استفتيت عن هذه المسألة: فأجبت بأنه يصدق بيمينه، ولا يطالب بالبينة في دعوى الزيادة بعد كون الشركة صحيحة؛ مستدلاً بما ذكرناه عن «الأشباه».

(**وإن أعانه الآخر**) بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر، أو قلعه وجمعه، وحمله الآخر (.. **فله أجر مثله**)؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد، (**لا يزاد على نصف ثمن المأخوذ**) أي: قيمته، والمراد: ثمنه بعد البيع (**عند أبي يوسف**)؛ لأنه قد رضي بنصف المجموع في الابتداء، وإن كان المجموع مجهولاً في الحال، لكنه على عرفية أن يصير معلوماً عند الجمع؛ فإذا كان راضياً في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد.. كان راضياً بنصف قيمته في الانتهاء، فلا يجاوز نصفه؛ لأنه يعتبر رضاه في إسقاط حقّه عن مطالبة الزيادة.

(**خلافاً لمحمد**) قال: يجب الأجر بالغاً ما بلغ؛ لأنه يمكن بالتقدير بنصف قيمة المجموع؛ لأنه مجهول جهالة فاحشة جنساً وقدراً، حيث لا يدرى أي نوع من الحطب يصيبان وأيّ قدر منه يجمعان؛ فإذا لم يمكن التقدير.. لا يمكن أن يقال: إن المعين رضي بنصف المسمى من الحطب أو غيره؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يتحقق، فيجب الأجر بالغاً ما بلغ، ألا ترى أنه لو أعانه عليه، فلم يصيبا شيئاً.. كان له الأجر بالغاً ما بلغ.. فههنا: أولى؛ لأنهما أصابا.

(**وما أخذاه معاً.. فلهما نصفين**)؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

وَإِن كَانَ لأَحَدِهمَا بغلٌ وَللْآخرِ رَاويةٌ فاستقى أَحدُهمَا.. فالكسبُ لَهُ وَللْآخرِ أجرُ مِثلِ مَالِهِ.

وَالرِّبْحُ فِي الشّركَةِ الْفَاسِدَةِ على قدرِ المَالِ.

وَيبْطلُ شَرطُ الْفضلِ.

وَتبطلُ الشّركَةُ: بِمَوْتِ أَحدِهمَا، وبلَحاقِهِ مُرْتَداً إِن حُكِمَ بِهِ.

(**وإن كان لأحدهما بغل وللآخر راوية**) وهي في «الأصل»: بعير السقاء؛ لأنه يروي الماء، ثم استعمل في المزادة التي تكون من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع، وهو المراد ههنا.

(**واستقى أحدهما.. فالكسب له**) أي: لمن استقى؛ سواء كان صاحب بغل أو صاحب راوية.

(**وللآخر أجر مثل ماله**) إن كان ماله بغلاً.. فله أجر مثل بغله، وإن كان راوية فله أجر مثل راويته، وإنما استحق أجر المثل؛ لما مر من أنّ العامل استوفى منفعته بعقد فاسد.

(**والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال، ويبطل شرط الفضل**)؛ لأن الربح فيه تابع للمال؛ لفساد العقد [٧٤٩/ب] فيتقدر بقدره.

فإن قيل: قد تقدم أن الربح تابع للعقد عندنا لا للمال، وإنما يتبع للمال عند الشافعي.

أجيب: بأنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً، وههنا قد فسد فلم يوجد، فيكون تابعاً للمال؛ لأنه شرط العقد، والحكم يضاف إلى الشرط إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها.

(**وتبطل الشركة**) أي: شركة العقد (**بموت أحدهما وبلحاقه مرتداً إن حكم به**) أي باللحاق؛ لأن الشركة تتضمن الوكالة البتة على ما مر، والوكالة تبطل بموت

الموكّل ولحاقه وجنونه؛ سواء علم الوكيل بموته ولحاقه وجنونه أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.. فكذلك تبطل الشركة بها أيضاً.

فإن قيل: إن الوكالة لما ثبتت في ضمن الشركة.. كانت تابعة لها، ولا يلزم من بطلان التابع: بطلان المتبوع.

أجيب: بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث إنّها شرطها، ومن البيّن أن المشروط لا يبقى بدون الشرط، بل يبطل ببطلانه بالضرورة بلا توقف على علمه، بخلاف ما إذا لم يمت، لكن فسخ أحدهما الشركة بينه وبين شريكه ولم يعلم شريكه؛ فإنه لا تنفسخ الشركة ما لم يعلم صاحبه فسخه؛ لأنه فسخ فقدي.

ثم إذا علم شريكه فسخه.

فإن كان رأس مال الشركة دراهم أو دنانير.. انفسخت الشركة.

وإن كان عروضاً وقت الفسخ.. لا رواية فيه عن أصحابنا في الشركة، إنما الرواية في المضاربة، ذكر الطحاوي: أنها لا تنفسخ كالمضاربة، وعامة المشايخ فرقوا بينهما وقالوا: يجوز فسخ الشركة وإن كان المال عروضاً، بخلاف المضاربة. كذا في «الخلاصة».

وقال فيه أيضاً: إنكار الشركة فسخ لموت أحدهما؛ فإذا أنكر أحدهما.. فلا يثبت إلا بالبينة.

فلو ادّعى رجل على رجل أنه يشاركه، فأنكر المدعي عليه ذلك والمال في يد المنكر، فأقام المدّعي البينة، فشهد الشهود أنه مفاوضة، وأن هذا المال الذي في يديه من شركتهما، أو قالوا: هو بينهما نصفان، أو لم يقولوا ذلك ولكنهم شهدوا أنه مفاوضة.. **فإنه يقضى للمدعي بنصفه في الصور الثلاث**:

أما في الصورة الأولى والثانية: فظاهر؛ لأن المفاوضة تقتضي المساواة في المال.

وأما في الثالثة - أعني: «إذا شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك» - قال الإمام السرخسي: هذا والأول سواء، يقضى بالمال بينهما؛ لأنهم قالوا: إنه مفاوضة [٧٥٠/أ]، وقضيّة المفاوضة المساواة في المال، وإذا قضي بينهما: فلو أن المدّعى عليه أقام البينة على أن المال له ميراث أو هبة أو صدقة من غير المقضي له:

إن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الّذي في يده من شركتهما، أو شهدوا أنه مفاوضة، وأن المال الذي في يده بينهما نصفان.. لا تقبل بينة المدّعى عليه على الميراث والهبة والصدقة.

وإن كان شهود المدعي الأول شهدوا أنه مفاوضة ولم يزيدوا على ذلك.. ذكر شمس الأئمة السرخسي فيه خلافاً، وقال: على قول أبي يوسف: لا تقبل بيّنَة المقضي عليه، وعلى قول محمد في هذا الوجه: تقبل، وفي الوجهين الأولين: لا تقبل.

ولو أنّ المدعى عليه ادعى عيناً أنّه له خاصة وهب شريكه منه حصّته، وأقام البينة على الهبة والقبض.. قبلت بينته؛ لأن في هذا تقرير القضاء الأوّل.

وإذا مات أحد المتفاوضين، والمال في يد الباقي منهما، فادعى ورثة الميت المفاوضة، وجحد الحي، فأنكر الورثة البينة أن أباهم كان شريكه شركة مفاوضة.. لا يقضى لهم بشيء مما في يد الحي، إلا أن يقميوا البينة أنه من شركة أبيهم، أو يقيموا البينة أن المال كان في يد الميت في حياته.. قبلت بينة الوارث.

ولو كان المال في يد الورثة وهم يجحدون الشركة، فأقام الحي البينة على شركة المفاوضة، وأقام الورثة بينة أنّ أباهم مات وترك هذا ميراثاً من غير شركة بينهما.. لا تقبل بينة الورثة، ويقضى بنصف المال في قول أبي حنيفة، وفي قول محمد: تقبل بينة الوارث على الميراث. كذا في شركة «قاضي خان».

وَلَا يُزَكِّي أَحَدُهمَا مَالَ الآخرَ بِلَا إِذْنِهِ؛ فَإِن أَذِنَ كُلٌّ لِصَاحِبِهِ فأدّيا مَعاً.. ضَمِنَ كلٌّ حِصَّةَ صَاحِبِهِ.

وَإِن أَدَّيا متعاقباً.. ضَمِنَ الثَّانِي، عَلِمَ بأَدَاءِ الأَوَّلِ، أَو لَا.

وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِن لم يَعلَم.

وقال في «النوازل»: جنّ أحد الشريكين مطبقاً، وعمل آخر وربح أو خسر؛ قال أبو النصر: ما عمل إلى أطباق الجنون.. فعلى ما شرطاه، وما عمل بعده.. يكون على العامل؛ لأن الشركة تنفسخ بإطباقه كالموت، فيكون العامل بعده كالغاصب لمال المجنون، فيضمن له حصته من المال، وما ربح من حصة نفسه.. يطيب له، وما ربح من حصة المجنون.. يتصدق به؛ لحصوله بسبب خبيث وهو الغصب.

(**ولا يزكّي**) أي: لا يؤدي (**أحدهما**) زكاة (**مال الآخر بلا إذنه**)؛ لأن أداء الزكاة ليس من جنس التجارة، فلا بد من الإذن [٧٥٠/ب].

(**فإن أذن كلّ لصاحبه فأديا معاً.. ضمن كلّ حصة صاحبه**) عند أبي حنيفة؛ علم أداء صاحبه أو لم يعلم.

(**وإن أديا متعاقبا.. ضمن الثاني، علم بأداء الأول أو لا**) يعلم.

(**وقالا: لا يضمن إن لم يعلم**) في الوجهين.

وعلى هذا الخلاف: المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدّى الأمر بنفسه.

لهما: أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به، فلا يضمن للموكل، وهذا لأن في وسعه التمليك، لا وقوعه زكاة؛ لتعلقه بنية الموكّل، وإنما يطلب منه ما في وسعه، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحجّ الآمر.. لم يضمن المأمور؛ علم أو لا.

ولأبي حنيفة: أنه مأمور بأداء الزكاة، والمؤدى لم يقع زكاة، فصار مخالفاً، وهذا لأن المقصود من الأمر: إخراج نفسه عن عهدة الواجب؛ لأن الظاهر أنه لا يلتزم

الضرر إلّا لدفع ضرر بقاء الواجب في ذمته، وهذا المقصود حصل بأدائه وعري أداء المأمور عنه، فصار معزولاً؛ علم أو لم يعلم؛ لأنه عزل حكمي.

اعترض عليه: بأنه يشكل بالوكيل بقضاء الدين؛ فإن هناك إذا قضى الموكل بنفسه، ثم قضى الوكيل؛ فإن علم بأداء الموكّل.. فهو ضامن، وإن لم يعلم.. لم يضمن شيئاً، فقد فرق هناك بين العلم وعدمه، مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل.

وأجيب: بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضموناً على القابض على ما هو الأصل في قضاء الديون؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وذلك يتصور بعد أداء الموكل، فلم يكن أداؤه موجباً عزل الوكيل حكماً، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن الوكيل فيما نحن فيه ليس مأموراً بجعل المؤدى مضموناً على القابض وهو الفقير؛ لأن الصدقة لا تضمن.

توضيح هذا الفرق: أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بقضاء الدين لجهله بأداء الموكل.. لا يلحق الموكل فيه ضرر؛ لأنه يتمكن من استرداد الضرر بالموكّل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه، والضرر مدفوع، فلهذا وجب الضمان بكلّ حال.

وأما مسألة دم الإحصار.. فقد قيل: إنها على الخلاف المذكور أيضاً، فلا تكون مقيساً عليها.

وعلى تقدير تسليم أن المأمور بذبحه لا يضمن بالاتفاق، لكن الفرق بينهما: أن دم الإحصار ليس بواجب النية؛ لأنه لو صبر إلى أن يزول الإحصار [٧٥١/أ].. لم يطالب بدم الإحصار، فلم يكن أمراً مقصوداً، فلم يمكن أن يقال: إن المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور، فعري فعل المأمور عن المقصود، بخلاف أداء الزكاة؛ فإنه واجب، فكان إسقاط الواجب أمراً مقصوداً، وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه، فعري فعل المأمور عن المقصود.. فيضمن.

فَإِنَ أَذِنَ أَحدُ المفاوِضَينِ لشَرِيكِهِ أَن يَشْتَرِيَ أَمَةً لِيطَأَها فَفعلَ.. فَهِيَ لَهُ خَاصَّة، بِلَا شَيْءٍ، وَيُؤْخَذُ كلٌّ بِثمنِهَا.

وَقَالا: يضمنُ حِصَّةَ شَرِيكِهِ.

ثم ما ذكره المصنف في تقرير مذهب الإمامين بقوله: «وقالا: لا يضمن» هو المذكور في «الهداية» و«الكنز».

وقال في «فتح القدير»: هكذا ذكره في كتاب الزكاة من «المبسوط»، ونقل الولوالجي: أن في بعض المواضع لا يضمن عندهما وإن علم بأداء المالك.

ونص في «الزيادات» العتابي: أن عندهما لا يضمن؛ علم بأدائه أو لم يعلم، وقال: وهو الصحيح عندهما.

(**فإن أذن أحد المفاوضين لشريكه أن يشتري أمة ليطأها، ففعل.. فهي له**) أي: للشريك الذي اشتراها (**خاصة**)؛ لأن من ضرورة حلّ الوطء اختصاصه بالملك؛ إذ لو وقع مشتركاً.. يحرم عليه الوطء.

وهل يلزمه الإذن صريحاً، أو يكفيه سكوت الشريك؟

ففي «شرح المنظومة» لابن الشحنة: أحد الشريكين شركة مفاوضة إذا قال لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي، فسكت شريكه، فاشتراها.. لا يكون له ما لم يقل شريكه: نعم. انتهى.

فعلم منه أن السكوت لا يكفي. وهل يكفي في شركة العنان؟

ففي «الأشباه»: أنه يكفيه.

لكن المصرح في «العمادية» و«الفصولين»: أنه لا يكفيه كما في المفاوضة.

وكذا المصرح في شركة «الخلاصة» و«البزازية»: أن السكوت لا يكفي فيها.

(**بلا شيء**) على المشتري.

(**ويؤخذ كلّ بثمنها**) عند أبي حنيفة.

(**وقالا: يضمن حصة شريكه**)؛ لأن الشراء وقع للمأذون له خاصة؛ لاختصاص الملك له على ما ذكرناه، فكان الثمن واجباً عليه خاصّة، وقد أداه من مال الشركة،

فيرجع عليه بحصته؛ كما إذا اشترى طعاما أو كسوة لأهله وأدى ثمنه من مال الشركة.

ولأبي حنيفة: أن الشراء وقع على الشركة وأدى الثمن من مال الشركة.. فلا يرجع عليه صاحبه بشيء؛ كما لو اشتراها بغير إذن شريكه وأدى ثمنه من مال الشركة، وهذا لأن مقتضى المفاوضة: أن يقع كلّ ما اشتراه الشريكان مشتركاً بينهما غير المستثنيات؛ كالطعام والكسوة على ما مر، وشراء الجارية ليس بمستثنى، فيقع [٧٥١/ب] مشتركاً؛ لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها، وتكون حلالاً للمشتري، لا لوقوع الشراء له خاصة، بل لأن المشتري يملك نصيب الشريك بعد الشراء بتمليك من جهته، وهذا التمليك يثبت في ضمن الإذن بالوطء؛ إذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحلّ له الوطء إلا بعد التمليك بنصيبه منه بطريق الهبة اقتضاء، فكأنه قال: اشتر أمة على الشركة، ثم تملّك نصيبي بالهبة؛ لأن هبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة، والجارية ممّا لا ينقسم.

اعترض ههنا بوجهين:

أحدهما: أن من قال: أعتق عبدك عنّي ولم يذكر المال، ففعل.. لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد، والعتق يقع عن المأمور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة، فكيف صار هبة فيما نحن فيه؟!

والثاني: أن من قال لغيره: أحللت لك وطء هذه الجارية.. لا تصير؛ ملكاً للمخاطب حكماً للهبة بالإحلال، فكيف يثبت الملك في نصيب الشريك من الجارية بالهبة حكماً للإذن بالوَطْءِ؟!

أجيب عن الأوّل: أن ذلك إنما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل، ثم يقبضه لنفسه.

وعن الثاني: بأن الملك إنما لم يثبت في ذلك لكونه قصداً، وفيما نحن فيه يثبت في ضمن الإذن بالوطء لا قصداً، والشيء قد يثبت ضمناً، ولا يثبت قصداً.

* * *

(كتاب الوقف)

(كتابُ الْوَقْفِ)

هُوَ حَبسُ الْعينِ على مِلكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ؛ كالعاريةِ.........

(كِتَابُ الوَقْف)

قال في «المصباح»: وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً: سكنت، ووقفتها أنا، يتعدى ولا يتعدى، وقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله تعالى، وشيء موقوف ووَقْفٌ أيضاً؛ تسمية له بالمصدر، والجمع: أوقاف؛ مثل: ثوب وأثواب، ووقفت الرجل عن الشيء: منعته عنه، وأوقفت الدار والدابة بالألف: لغة تميم، وأنكرها الأصمعي. انتهى.

هذا معناه في اللغة.

وفي اصطلاح الشرع: ما أشار إليه بقوله: (**هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة كالعارية**)، هكذا عرّفه أبو حنيفة، قالوا: مقتضاه أن لا يصح الوقف عنده؛ لأنه قال: «والتصدق بالمنفعة» والتصدق بالمعدوم لا يصح.

وقال في «المبسوط»: وأما أبو حنيفة.. فكان لا يجيز الوقف.

وقال في «قاضي خان» في فتاواه: وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال: «عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف»، وليس كما ظن، بل [٧٥٢/أ] هو جائز عند الكلّ:

إلا أن عند أبي يوسف ومحمّد: إذا صح الوقف.. يزول عن ملك الواقف:

عند أبي يوسف: يزول لمجرد الوقف، ولا يجوز بيعه، ولو مات لا يورث عنه.

وعند محمد: لا يزول عن ملك الواقف إلا بالتسليم إلى المتولّي أو إلى الموقوف عليه.

وعند أبي حنيفة: يجوز الوقف جواز الإعارة: تصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف، له أن يرجع عنه، ويجوز بيعه، وإن مات.. يورث عنه.

لا يلزم عنده إلا بطريقين:

أحدهما: قضاء القاضي بلزومه؛ لأنه مجتهد فيه.

والثاني: أن يخرجه مخرج الوصية، فيقول: «أوصيت بِغَلّة داري هذه، أو بغلّة أرضي هذه» أو يقول: «جعلت هذه الدار وقفاً فتصدّقوا بغلّتها على المساكين».

وكذا لو أوصى بأن يوقف.. يجوز من الثلث في قولهم.

وعندهما: الوقف لازم بغير هذه التكلّفات، والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة. انتهى.

وبهذا يندفع ما قالوا: إن مقتضى التعريف المذكور: أن لا يصح الوقف عنده؛ بناء على أن تصدّق المنفعة المعدومة لا يصح، وهذا لأنه لما كان جوازه عنده جواز الإعارة... صح تمليك منفعته كما في الإعارة؛ لأنها تمليك المنفعة المعدومة وقت الإعارة.

وفي «الخلاصة» عن «شرح الطحاوي»: أن الوقف في قول أبي حنيفة على ثلاثة أوجه:

في وجه: لا يجوز، وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحته.. فإنه لا يجوز، وإن ذكر شرط الصحة.

وفي وجه: يجوز، وهو ما إذا وقف في حياته وجعله وصيّة بعد وفاته.. فإنه يجوز من ثلث ماله.

وفي وجه: لا يجوز في ظاهر الرواية، وهو ما إذا وقف في مرض موته.. فهو كالوقف في حالة الصحة.

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة: أنه يجوز؛ كالوصية بعد وفاته. انتهى.

مراده بالجواز وعدمه في الوجوه: اللزوم وعدمه؛ على ما ذكرناه من «قاضي خان»، وبه صرّح في «البزازية».

فَلَا يلْزمُ وَلَا يَزُولُ مِلكُهُ إِلَّا أَن يَحكُمَ بِهِ حَاكمٌ.

بقي أن الوقف في الوجه الأول: لا يلزم إلا بأحد الطريقين المذكورين.

وفي الوجه الثاني: يلزم بطريق الوصية.

والوجه الثالث: كالوجه الأول في ظاهر الرواية، وفي رواية الطحاوي عنه: مثل الوجه الثاني.

وفي «الهداية»: صحّح ظاهر الرواية؛ حيث قال: والصّحيح: أنه لا يلزم عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم، إلا أنه يعتبر من [٧٥٢/ب] الثلث.

والوقف في الصحة من جميع المال.

واستدل أبو حنيفة على عدم لزومه بدون أحد الشرطين المذكورين، بما روي مرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حبس عن فرائض الله تعالى»؛ أي: لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين الورثة، وبما روي عن شريح: أنه جاء محمد ﷺ ببيع الحبيس.

وفي «المصباح»: الحبيس يستعمل في كلّ موقوف.

فالأول يدلّ على أنه لا يزول عن ملك الواقف.

والثاني: يدل على أنّ لزومه كان في شريعة من قبلنا، وأن شريعتنا ناسخة لذلك، فلا يزول عن ملكه بجعله وقفاً، ولأنه لو لم يبق في ملك الواقف.. لما جاز الانتفاع به زراعةً وسكنى، وغير ذلك من التصرف فيه؛ بصرف غلّاتها إلى مصارفها ونصب القيّم، إلا أنه يملك منافعه بالتصدق؛ كتمليك العارية.

وأشار المصنف إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة بقوله: (**فلا يلزم، ولا يزول ملكه، إلا أن يحكم به حاكم**)، وحين حكم الحاكم.. يزول بالحكم عن ملكه لا إلى مالك.

وطريق الحكم - على ما في «قاضي خان» وغيره -: أن يسلم الواقف ما وقفه إلى المتولي، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعلّة عدم اللزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي القاضي باللزوم، هذا في القاضي.

وإذا حكّما رجلاً فحكم بينها بلزوم الوقف فاختلفوا فيه.. ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: والصحيح: أنه بحكم المحكم لا يرتفع الخلاف، وللقاضي أن يبطله.

قال في «الحاوي القدسي»: وإذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء، أو سائر وجوه البر.. فعند أبي حنيفة: إن جعلها وقفاً حال حياته ولم يجعل وصية بعد وفاته.. فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً في حق التصدق بالغَلّة، وبالسكنى في الدار إلى حين وفاته، وتكون رقبة الأرض باقية على ملكه، حتى يجوز له بيعها وسائر تصرفات الملك فيها، وإذا مات.. يكون ميراثا عنه.

وهذا معنى قول القائل: «أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة»؛ لأن مثل هذا الوقف.. لا حكم له عنده سوى النذر بتصدق غلّته ومنافعه.

وإذا أجازت الورثة هذا النوع من الوقف.. يصير جائزاً مؤبّداً، بحيث لا يتطرّق إليه البطلان بعده أبداً، وإلا.. فلا.

وأما إذا وقف في حال حياته وأوصى به بعد وفاته: لا خلاف في جوازه، لكن ينظر حينئذ: إن خرج من الثلث.. يجوز في الكلّ، وإن لم يخرج من الثلث.. يجوز الوقف بقدر [٧٥٣/أ] الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر وتجيز الورثة.

فإن لم يظهر له مال آخر ولم تجز الورثة.. تقسم الغلة بينهم: الثلث للوقف، والثلثان: للورثة.

وإذا وقف في مرضه وأوصى به.. فهو وحال الصحة سواء. انتهى.

ثم هل يكون القضاء به على الواقف قضاء على الناس كافة أو لا؟ ففيه خلاف؛ حكي عن شمس الأئمة الحلواني والقاضي الإمام السعدي: أنه يكون قضاء على

الناس كافة، حتى لو ادعى المتولي أرضاً في يد إنسان أنها وقف على جهة كذا، وأثبت الوقفية بالبينة، وقضي بها على ذي اليد، ثم ادعى رجل آخر هذه الضيعة لنفسه.. لا تسمع دعواه، وألحقاه هذان الإمامان بالقضاء بحرية الأصل؛ فإن الحكم بها حكم على الناس كافة.

وذكر أبو الليث في «فتاواه»: أنه لا يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل لنفسه.. تسمع، وبه أخذ الصدر الشهيد، وألحقاه بالقضاء بالملك، وإليه مال «قاضي خان»؛ حيث قال في «فتاواه»، في باب ما يبطل دعوى المدّعي: أرض في يد رجل ادّعى رجل أنها وقف، وبين شرائط الوقف، وقضى القاضي بالوقف، ثم جاء آخر وادّعى أنه ملكه: قالوا: تقبل بينة المدعي؛ لأن القضاء بالوقف بمنزلة استحقاق الملك، وليس بتحرير.

ألا ترى: أنه لو جمع بين وقف وملك وباعهما صفقة.. جاز بيع الملك.

ولو جمع بين حر وعبد فباعهما صفقة واحدة.. لا يجوز بيع العبد.

دلّ: أن القضاء بالوقف بمنزلة القضاء بالملك، وفي الملك: القضاء يقتصر على المقضي عليه وعلى من تلقى الملك منه، ولا يتعدى إلى الغير.. فكذلك في الوقف انتهى.

وعزاه في «الخلاصة» إلى «الفتاوى الصغرى»، ثم قال: بخلاف العبد إذا ادعى العتق على إنسان وقضى القاضي بالعتق، ثم ادعى رجل أن هذا العبد ملكه.. لا تسمع؛ لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس، بخلاف الوقف.

وفي «البحر»: أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة؛ على المعتمد.. فتسمع الدعوى من غير المقضي عليه.

وأما القضاء بالحرية.. فقضاء على الكافة، فلا تسمع الدعوى بعده بالملك لأحد.

ولا فرق بين الحرية الأصلية والعارضة بالإعتاق.

ثم قال نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح [٧٥٣/ب] امرأة أو نسب أو بولاء عتاقه، ثم ادعاه الآخر.. لا تسمع.

فعلى هذا: القضاء الذي يكون على الكافة في أربعة أشياء. انتهى.

يعني: الحرية، والنكاح، والنسب، وولاء العتاقة.

وهل يشترط الدعوى في الشهادة على الوقف أو لا؟

ففيه أيضاً خلاف: قيل: لا، وقيل: نعم.

وفي «العمادي»: أن الدعوى ليس بشرط لسماع البينة على الوقف؛ لأن الوقف حقّ الله تعالى، وهو التصدق بالغَلَّة، فلا يشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة، إلا أنه إذا كان الموقوف عليه مخصوصاً ولم يدع.. لا يعطى من الغلة شيئاً، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت بحق الفقراء، فلا يظهر حكمها إلا في حقهم.

وقيل: ينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة بدون الدعوى عند الكلّ.

وإن كان على الفقراء أو على المسجد:

عندهما: تقبل.

وعند أبي حنيفة: لا تقبل، ذكر رشيد الدين هذا التفصيل، وقال: هكذا فصله الإمام الفضلي، وهو المختار.

وهل تقبل... شهادة الموقوف عليه في أصل الوقف؟

وفيه تفصيل: ففي «الإسعاف»: إذا شهد اثنان أن رجلاً جعل أرضه وقفا عليهما، أو على ولديهما، أو على ولد أحدهما، أو على نسائهما، أو نساء أحدهما،

قيل: أَو يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ بِأَن يَقُولَ: إِذا مِتُّ فَقَد وَقَفْتُ.

أو على أهل بيتهما وعلى قوم آخرين، أو على قرابته وهما من قرابته، أو على نسله وهما من نسله.. فالشهادة باطلة.

ولو شهدا بأنه جعلها وقفاً على الفقراء والمساكين، وعلى فقراء جيرانه، وهما من فقراء الجيران.. جازت شهادتهما.

والفرق بين فقراء القرابة وفقراء الجيران: أنّ القرابة لا تزول، ولا تنقطع، والجيران تنقطع بالتحول.

(قيل: أو يعلقه بموته بأن يقول: إذا مت.. فقد وقفت) داري هذه أو أرضي هذه، أو يقول: أوصيت بِغَلَّة داري هذه.

قال في «مختصر القدوري»: لا يزول ملك الواقف، إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته.

وقال في «الهداية»: وهذا في حكم الحاكم صحيح؛ لأنه قضاء في المجتَهَد فيه، وأما في تعليقه بالموت.. فالصحيح: أنه لا يزول ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً، فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً.. فيلزم. انتهى.

والحاصل: أنه إذا علّق الوقف بموته.. اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة في لزوم الوقف وعدم لزومه:

فقيل: يلزم ويزول الملك بالتعليق بالموت؛ لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه [٧٥٤/أ]، فالتعليق به يدلّ على أنّ مراده الخروج عن ملكه.

وقيل: لا يلزم، ولا يزول عن ملكه، وصحّحه صاحب «الهداية» على ما ترى، وإليه أشار المصنف بصيغة التمريض، وهذا لأن الوقف تصدُّقٌ بالغَلَّة، وهو لا يستدعي زوال أصل الملك، ولأنّه تصدق بالغلة دائماً، ولا يمكن التصدق بها على الدّوام، إلا إذا بقي أصل الموقوف على ملكه، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبّداً.. فيصير بمنزلة الوصيّة بالمنافع، فيلزم لزوم الوصية.

وحاصل هذا القول: أنه وصية لازمة، لكن لم يخرج عن ملكه، فلا يُتصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته؛ لما فيه من إبطال الوصيّة.

وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا، وإنما يلزم بعد موته، لا قبله.

أقول: هذا الخلاف مبني على الخلاف في أن تعليق الوقف بالشرط هل يجوز أو لا يجوز؟

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: لو قال: «إن مت من مرضي هذا.. فأرضي هذه وقف» فبرأ من مرضه وباع أرضه.. جاز، وإن مات من مرضه هذا.. لا يكون وقفاً؛ لأن تعليق الوقف بالشرط لا يصح. انتهى.

وفي «فتح القدير»: وفي شروط الوقف: أن يكون منجَّزاً غير معلّق بشرط، فلو قال: «إن قدم ولدي.. فداري صدقة موقوفة على المساكين» فجاء ولده.. لا تصير وقفاً انتهى:

وفي «الخانية»: لو قال: «إذا جاء غد فأرضي صدقة موقوفة» أو قال: «إذا ملكت هذه الأرض فهي صدقة موقوفة».. لا تجوز؛ لأنه تعليق، والوقف لا يحتمل التعليق. انتهى.

وفي «الفصولين»: عد الوقف مما لا يصح تعليقه بالشرط، ولم يقيّد برواية.

وقيّده في «العمادي» برواية؛ حيث قال فيه: ومما لا يصح تعليقه بالشرط: الوقف في رواية، فظهر: أن فيه روايتين.

وذكر في «الخلاصة» نقلاً عن الإمام السّرخسي: أن تعليق الوقف والشرط صحيح.

وقال هلال: كلاهما باطل.

فمن ذهب إلى جواز تعليق الوقف بالشرط.. حكم بلزوم الوقف وزوال الملك، فيما نحن فيه.

ومن ذهب إلى عدم جوازه.. حكم بعدم لزومه وقفاً، ويلزم وصية بعد موته كسائر الوصايا.

هذا بخلاف ما لو قال: «إذا مت فاجعلوا أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً؛ كما لو قال: «إن دخلت الدار فاجعل أرضي وقفاً»؛ فإنه يصح وقفاً بالاتفاق؛ على ما صرّح في «الخلاصة» و«البزازية».

وعلّلوها [٧٥٤/ب]: بأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه.

وإنما لا يصح تعليق الوقف بالشرط؛ لأن الوقف بمنزلة تمليك المنفعة من الموقوف عليه، والتمليكات غير الوصية: لا تتعلّق بالخطر.

ولهذا جزم محمد في «السير الكبير»: أن الوقف إذا أضيف إلى ما بعد الموت.. يكون باطلاً عند أبي حنيفة، وإنما لزم بطريق الوصية.

وفي «الزيلعي»: لو علّق الوقف بموته؛ بأن قال: «إذا مت فقد وقفت داري على كذا»، ثم مات.. صح ولزم إذا خرج من الثلث؛ لأن الوصية بالمعدوم جائزة؛ كالوصية بالمنافع، ويكون ملك الميت باقياً فيه حكماً، فيتصدق عنه دائما.

وإذا لم يخرج من الثلث: يجوز بقدر الثلث، ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو تجيز الورثة؛ فإن لم يظهر له مال آخر، ولا تجيز الورثة.. تقسم الغلة بينهما أثلاثاً، ثلثه للوقف، وثلثاه للورثة.

ولو علّقه بالموت وهو مريض مرض الموت.. فكذلك الحكم؛ لأن الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض.

ولو نَجَّز الوقف في مرضه.. فهو بمنزلة المعلّق بالموت؛ فيما ذكره الطحاوي، والصحيح: أنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة.. فلا يلزم عنده، ويلزم عندهما من الثلث. انتهى.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ حبسُ الْعَينِ على مِلْكِ الله تَعَالَى، على وَجهٍ يعودُ نَفعُهُ على الْعبادِ، فَيلْزمُ.

وَيَزُولُ مِلكُهُ ....

وقد ذكرنا في أوّل الباب: أنّ ما صححه في الوقف في مرضه منجزاً: هو ظاهر الرواية.

(وعندهما: هو) أي الوقف: (حبس العين على ملك الله تعالى على وجه يعود منفعته إلى العباد)، كذا في «الهداية».

واعترض: بأن ملك الله تعالى في الأشياء لم يزل قط، ولا يزال، فلا معنى للحبس على ملكه عندهما؛ لأنه عند الكل كذلك.

أجيب: بأن معناه حبسه على ملكه خالصاً عن حق العباد، وبحيث لا يقدر فيه التصرف كيف يشاء كسائر أملاكه.

(فيلزم)؛ أي الوقف (ويزول ملكه)؛ أي: لا إلى مالك غير الله، بل إلى الله تعالى خالصاً عن حق العباد، من غير حاجة إلى القضاء باللزوم، أو إلى الإخراج مخرج الوصية بالتعليق بالموت؛ على ما هو عند أبي حنيفة على ما تقدم.

لهما: قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له يقال لها ثمغ: «تصدق بأصلها، لا يباع، ولا يورث، ولا يوهب».

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه؛ ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى.

وله نظير في الشرع: كالمسجد ونحوه؛ فإنه جعل لله تعالى خالصاً له.

وأجيب عنه من [٧٥٥/أ] طرف أبي حنيفة: بأنّ المسجد جعل خالصاً لله تعالى، حتى لا يجوز الانتفاع به أصلاً، بخلاف غيره؛ فإنه لم ينقطع حق العبد عنه بالكلية، حتى يجوز الانتفاع به من وجه، فلم يصر خالصاً لله.

وفي «الإسعاف»: قولهما هو قول عامّة العلماء.. وهو الصحيح.

بِمُجَرَّدِ القَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا، مَا لم يُسَلِّمهُ إِلَى وَلِيٍّ.

ثم ساق دليلهما وذكر الجواب عن دليل أبي حنيفة على ما ينبغي.

(**بمجرد القول**)؛ أي بقوله: «وقفته» (**عند أبي يوسف**)، وهو قول الشافعي أيضاً؛ لأنه إسقاط الملك بمنزلة الإعتاق.. فيصح بدون القضاء أو التعليق بالموت أو التسليم إلى المتولي، ومشايخنا أخذوا قوله.

(**وعند محمد: لا**) يزول بمجرد القول (**ما لم يسلمه إلى ولي**)؛ لأنه لا يزال من ملكه إلى ملك الله تعالى، والتمليك من الله تعالى، لا يتصور قصداً لاستغنائه تعالى، وهو مالك الأشياء كلها، فلا بد من التسليم إلى عبده خالصاً لله تعالى، فينزل منزلة الصدقة:

واعلم: أن جواز الوقف وصحته يتوقف على شروط:

منها: كون الواقف حراً عاقلاً بالغاً، حتى لا يصح وقف العبد والمجنون والصبي؛ كسائر التبرعات.

ومنها: كونه مالكاً وقت الوقف، حتى لو غصب أرضاً فوقفها، ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأنه إنما ملكها بعد أن وقفها.

هذا على تقدير أنه هو الواقف.

أما لو وقف ضيعة غيره على جهة، فبلغ ذلك الغير فأجازه.. جاز الوقف بشرط الحكم والتسليم، وعدمُه على الخلاف السابق بينهم، وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي.

ولو اشترى أرضاً بيعاً جائزاً، ووقفها قبل القبض ونقد الثمن.. فالأمر موقوف؛ فإن أدى الثمن وقبضها.. فالوقف جائز؛ على ما نقله في «التاتارخانية» عن وقف هلال.

وفي «جامع الجوامع»: وبه نأخذ.

وفي «المحيط»: وإن ماتِ المشتري ولم يترك مالاً.. تباع الأرض لدَيْنه ويبطل الوقف.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وهذا؛ لأنه وجد الملك حين وقف بالشراء الصحيح، فصّح وقفه. ولو اشترى داراً ووقفها، ثم استحقت وأجاز.. لم يجز إلا في رواية.

ولو ضمن قيمتها.. جاز تملكها.

وعن أبي حنيفة: يصح إذا جعلها بحال لا يستردها المستحق.

ومنها: القبض والإفراز؛ لما في «مشتمل الأحكام»: قال الشيخ محمد بن الفضل: الوقف على ثلاثة أوجه: إما أن يكون في الصحة، أو في المرض، أو بعد الموت.

فما كان [٧٥٥/ب] في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته؛ كالهبة.

وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية.

وما كان في حال المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث؛ كالهبة في المرض، تعتبر من الثلث، ويشترط فيها ما يشترط في الهبة من القبض والإفراز. انتهى.

ومنها: كونه غير محجور عليه لسفه أو دَين، حتى لو حجر عليه ووقف أرضاً له أو داراً له.. لا يجوز؛ كذا أطلقه الخصاف.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه، على نفسه، ثم لجهة لا تنقطع.. أن يصح على قول أبي يوسف، وهو الصحيح عند المحققين.

وعند الكلّ: إذا حكم به حاكم.

وأما عدم تعلق حقّ الغير؛ كالرهن والإجارة.. فليس بشرط، حتى صح وقف المستأجَر والمرهونِ، ولا يبطل عقد الإجارة والرهن؛ فإذا مضى مدة الإجارة وافتكَّ الرهن: يعود إلى ما جعله وقفا له من الجهات.

ولو مات قبل الافتكاك ولم يترك وفاء.. بيع الرهن للدَّين ويبطل الوقف.

ومنها: أن لا يكون مخيّراً بخيار الشرط؛ فإنه لو وقف أرضه أو داره وشرط لنفسه الخيار.. لا يصح الوقف على قول محمد، واختاره هلال؛ سواء كان وقت الخيار معلوماً أو مجهولاً.

وقال أبو يوسف: إن بَيّن للخيار وقتاً معلوماً؛ كثلاثة أيام مثلاً.. يجوز الوقف والشرط معاً؛ كما في البيع، وإن كان الوقت مجهولاً.. لا يجوز.

وقال أبو جعفر: ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط.

وقال أبو يوسف بن خالد السمني: الوقف جائز، والشرط باطل على كلّ حال؛ معلوماً كان الوقت أو مجهولاً.

ومنها: كونه ذا ملّة، حتى لا يصح وقف المرتد إن قتل أو مات على ردته، وإن أسلم.. صح.

ويبطل وقف المسلم إن ارتد، ويصير ميراثاً؛ سواء قتل أو مات على ردته أو عاد إلى الإسلام، إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام؛ كذا في «فتح القدير» و«البحر» نقلا عن الخصاف.

وأما كونه مسلماً: فليس بشرط، حتى صح وقف الذمي، لكن شرط كونه قُرْبةً عندنا وعندهم.

كما لو وقف على أولاده، أو على الفقراء، أو على فقراء أهل الذمة.. فإنه جائز.

وعلى تقدير إطلاق الفقراء عن قيد أهل الذمة.. يجوز الصرف على كلّ فقير مسلم أو كافر، وهذا؛ لأن التصدق على فقراء أهل الذمة وفقراء المسلم: قربة عندنا وعندهم.

بخلاف ما لو وقف على [٧٥٦/أ] بِيعَة وكنيسة.. فإنه لا يجوز، ويكون ميراثاً؛ لأنه ليس بقربة عندنا.

وبخلاف ما لو وقف على الحج والعمرة.. فإنه ليس بقربة عندهم، فلا يجوز.

وأما لو وقف على مسجد بيت المقدس.. فإنه يصح؛ لكونه قربة عندنا وعندهم.

وفي «الحاوي القدسي»: وقفُ المجوسي على بيت النار، واليهودي والنصراني على البيعة والكنيسة.. باطل إذا كان في عهد الإسلام، وما كان في عهد الجاهلية: مختلف فيه، والأصح: أنه إذا دخل في عهد الذمة.. لا يتعرض. انتهى.

وفي «الإسعاف»: يدخل تحت أهل الذمة: فقراء اليهود والنصارى والمجوس؛ لأن الكفر كلّهم ملّة واحدة.

ومنها: أن لا يكون الوقف مؤقتاً، حتى لو وقف داره يوماً أو شهراً أو سنةً.. لا يجوز؛ لعدم كونه مؤبّداً، وكذا لو قال: «على فلان سنة».

ومنها: أن لا يكون مجهولاً؛ فلو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمّه.. لا يجوز؛ لأن الشيء يتناول القليل والكثير، ولو وقف جميع حصته من هذه الدار أو الأرض ولم يسم.. يصح؛ على ما في «الإسعاف».

ومنها: أن لا يكون معلّقاً بشرط، وقد ذكرنا ما فيه من الخلاف والتفصيل.

ولا يشترط لصحته وجود الموقوف عليه حين وقف، حتى لو وقف على أولاد زيد، ولا ولد له حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن يوجد له ولد؛ كذا في «الأشباه».

فَلَو وقفَ على الْفُقَرَاءِ، ....

وكذا لو وقف غلّة داره على إمام مسجد كذا، وليس لذلك المسجد إمام حين وقف.. صح، وتصرف الغلة إلى الفقراء إلى أن ينصب للمسجد إمام.

ولو كان للمسجد إمام حين وقف، ثم عين له إمام من طرف السلطان.. فهل يشارك الإمام الثاني للإمام الأول في تلك الغلة؟ هذا واقعة الفتوى.

أقول: الله أعلم: أنه لا يشاركه، إلا إذا شرط الواقف للإمام الأول.

ثم اعلم: أن للزومه شرطاً أيضاً، فاشترط أبو حنيفة للزومه وخروجه عن ملك الواقف: أحد الأمرين: حكم الحاكم، أو الإضافة إلى ما بعد الموت.

ولم يشترط أبو يوسف للزومه سوى لفظ الوقف؛ حيث قال: «يلزم بمجرد لفظ الوقف»؛ على ما مر، وسيظهر لك بيانه.

واشترط محمد أربعة أشياء: التسليم إلى المتولي، وكونه مفرزاً؛ لأن التسليم يتوقف عليه، وذكر التأبيد؛ على ما سيأتي، وأن لا يشترط الواقف الانتفاع بالوقف.

ثم لما ذكر حقيقة الوقف [٧٥٦/ب] وطريق لزومه على الاختلاف بينهم.. شرع في بيان ما يتفرع عليه، فقال:

(**فلو وقف على الفقراء**)؛ احترز به عن الوقف على الأغنياء.. فإنه لا يجوز.

قال في «المختار»: ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم؛ لأنه ليس بقربة، ولا يستجلب الثواب، وصار كالصّدقة عليهم.. حيث لا يجوز، ولو وقف على الأغنياء وهم يُحْصَوْنَ، ثم بعدهم على الفقراء.. جاز، ويكون كما شرط؛ لأنه قربة في الجملة؛ بأن انقرض الأغنياء. انتهى.

وفي «شرح المجمع»: أن الغني ليس بمصرف للوقف، حتى لو صرّح الوقف على الأغنياء وحدهم.. لا يجوز، ولو وقف على طائفة من الأغنياء ثم بعدهم على الفقراء.. يجوز، فيعتبر شرطه فيكون صلة للأغنياء. كذا في «المحيط». انتهى.

ومراده بالطائفة: هي المعينة، وبالصلة: هو التمليك؛ يعني تصرف الغلة إلى تلك الطائفة من الأغنياء ما داموا أحياء، ثم بعد الممات تصرف على الفقراء؛ على مقتضى شرطه.

وإنما اشترط كون الأغنياء معينين؛ لأن الوقف عليهم لا يجوز إلّا بطريق التمليك، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة؛ على ما سيأتي.

وهذا هو المراد بما في «فتح القدير»: أن الوقف يصحّ لمن يحبُّ من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بدّ في آخره من القربة كشرط التأبيد، وهو كالفقراء ومصالح المسجد، لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدّق. انتهى.

ولا يخفى عليك: أنّ مراده:

بمن يحبّ: هو المعيّن من الأغنياء؛ لأن المحبّة لغير المعين لا تمكن.

و«بلا قصد القربة»: هو التمليك.

لكن مرادهم بنفي القربة من الوقف على الأغنياء: ليس نفي مطلق القربة، بل القربة المقصودة بالتصدق على الفقراء، وإلا: ففي تمليك الغني قربة أيضاً؛ على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الذخيرة».

ثم الوقف على الفقراء: لا يلزم فيه ذكر لفظ الفقراء؛ لأن الوقف المطلق عن ذكر لفظ الفقراء.. يخص بالفقراء أيضاً عند أبي يوسف، وعليه الفتوى؛ على ما صرّحوا به في عامة الفتاوى.

وبيانه: أن الوقف إما مطلق عن ذكر الموقوف عليه، أو مقيّد بذكره:

والأوّل: لا يخلو إما أن يذكر فيه لفظة مما يدل على القربة؛ كلفظة «الصدقة» ولفظة «الله تعالى»، أو لم يذكر، بل يقتصر على مجرد لفظ الوقف.

فإن لم يذكر فيه شيئاً منها؛ نحو أن يقول: «أرضي أو داري هذه موقوفة، أو وقف».. لا يجوز وقفه عند عامة مجيزي الوقف؛ لعدم ما يدلّ على [٧٥٧/أ] التأبيد.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ معلّلاً: بأنّ مطلق الوقف ينصرف إلى الفقراء عرفاً، والمعروف: كالمنصوص، والفقراء لا ينقطع.. فيتأبّد، وهو قول عثمان البتي أيضاً.

وفي «الإسعاف»: وعليه الفتوى.

وقال الصدر الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله أيضاً.

وعلى هذا الخلاف لو قال: «أرضي حبس موقوف»، ولو قال: «حبس محرّم، أو حرّمت أرضي».. قال الفقيه أبو جعفر: هذا مثل: «موقوفة» فقط عند أبي يوسف: يجوز، وعند العامة: لا يجوز.

ولو قال: «حبس أو محبوسة أو للسبيل» فقط؛ فإن كان فيه عرف كما في «موقوفة».. يجب أن يكون مثل موقوفة.

وإلّا.. سئل عنه؛ فإن قال: «أردت الوقف».. صار وقفاً؛ لأنه يحتمل لفظه، أو قال: «أردت صدقة».. فيكون نذراً؛ كما لو قال: «صدقة» وحدها.. فيتصدق بعينها أو بثمنها، وإن لم ينو شيئاً.. كان ميراثاً؛ ذكره في «النوازل».

وإن ذكر فيه شيئاً مما يدل على القربة، نحو: «أرضي صدقة موقوفة، أو موقوفة صدقة لوجه الله تعالى، أو لرضاء الله تعالى».. يجوز الوقف عندهم، سوى يوسف بن خالد السمتي؛ فإنه قال: لا يجوز ما لم يقل: «وآخرها للفقراء أبداً».

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أصحابنا؛ لأن محل الصدقة الفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الفقراء، ولا انقطاع للفقراء، فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضاً.

وكذا الخلاف في قوله: «حبس صدقة، أو صدقة حبس، أو صدقة محرمة»؛ لأن «المحرمة» بمنزلة قوله: «موقوفة» في لغة أهل المدينة.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبد».. يجوز بالاتفاق.

ولو قال: «صدقة موقوفة أبداً في حياته وبعد مماته».. يجوز عندهم، إلا أن عند أبي حنيفة: يكون نذراً بالتصدق بالغلة ما دام الواقف حياً، وكان عليه الوفاء بالنذر.

ولو رجع.. جاز مع الكراهة.

ولو لم يرجع ومات.. جاز من الثلث؛ لأنه بمنزلة تعليق الوقف بموته، فيكون وصية عنده.

والثاني: أعني ما يذكر فيه الموقوف عليه: لا يخلو الموقوف عليه من أن يحصوا، أو لا يحصون:

فإن كانوا يحصون: فإما أن يقترن بما يدل على القربة، أو لا يقترن:

فإن لم يقترن؛ نحو: «أرضي هذه موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. فلا يجوز الوقف عند أبي يوسف ومحمد وهلال؛ لعدم التأبيد؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء، بل يكون تمليكاً لهم.. فتصرف الغلّة [٧٥٧/ب] إليهم في حياتهم، وبعد موتهم تنتقل إلى الواقف أو إلى وارثة.

وأبو يوسف: فرّق بين هذه المسألة وبين المسألة السابقة؛ أعني لو قال: «أرضي موقوفة»؛ فإنه حكم فيها بجواز الوقف، وفي هذه بعدم جوازه.

ووجه الفرق على ما صرّح في «البزازية»: أنه لم يذكر الموقوف عليه فيما سبق فيصرف على الفقراء، ولا يمكن ذلك في هذه المسألة؛ لكون الموقوف عليه مذكوراً ومعيناً، فيكون تمليكاً لا وقفاً.

وإن اقترن؛ نحو: «صدقة موقوفة على فلان، أو على أولاد فلان» وهم يحصون.. يكون وقفاً، فتصرف الغلة لأولاد فلان في حياتهم؛ سواء كانوا فقراء أو أغنياء بطريق التمليك، وبعد موتهم تصرف على الفقراء؛ عملاً بنص الصدقة المنبئة عن الفقراء، وهم لا ينقطعون.. فيتأبد.

وذكر فلان وأولاده: لتخصيصهم بالغلة في حياته؛ على ما صرّح به في «البزازية» وشرح «المجمع» وغيرهما، كما لو قال: «موقوفة على أولاد فلان، ثم إلى الفقراء» وأولاد فلان يحصون.. فإنه وقف بصرف الغلة إلى أولاد فلان في حياتهم، ثم إلى الفقراء بعد موتهم.

وإن كانوا لا يحصون: فإما أن يكونوا أغنياء أو فقراء.

فإن كانا أغنياء.. لا يجوز أصلاً: لا وقفاً لكونهم أغنياء، ولا تمليكاً لكونهم غير معينين.

وإن ذكر معهم لفظ «الصدقة».. يكون وقفاً على الفقراء، وذكر الأغنياء لغو؛ عملاً بنص الصدقة.

وإن كانوا فقراء.. يجوز الوقف عليهم، ذكر معهم لفظ الصدقة أو لم يذكر.

وإن ذكر لفظ الغني مع الفقير؛ نحو: «موقوفة على الغني والفقير» أو «صدقة موقوفة على الغني والفقير».. يكون وقفاً على الفقير وحده، ويحرم على الغني؛ على ما صرّح به في «وصايا الذمي من الدّرر»، وهذا لأن الوقف والوصية لا يجوز للغني إلا بطريق كون الغلة في مقابلة الخدمة، والمفروض: أنه ليس كذلك، أو بطريق التمليك؛ والتمليك غير ممكن ههنا؛ لكونه غير معين.

والأصل فيما ذكرنا: أنه متى ذكر لفظ «الوقف»؛ فإما أن يذكر معه الموقوف عليه أو لم يذكر.

فإن لم يذكر: فإمّا أن يذكر معه ما يدل على القربة أو لم يذكر.

فإن لم يذكر.. يكون وقفاً على الفقراء؛ عند أبي يوسف والبتي دون غيرهما.

وإن ذكر.. يكون وقفاً على الفقراء عند عامة مجيزي الوقف غير يوسف السمني.

أَو بنى سِقَايَةً، أَو خَاناً، أَو رِبَاطاً لبني السَّبِيلِ، أَو جَعَلَ أرضَهُ مَقْبرَةً.. لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَنهُ إِلَّا بالحُكْمِ.

وإن ذكر معه الموقوف عليه؛ فإن كان معيناً؛ فإن اقترن ما يدل على القربة.. يكون وقفاً على الفقراء، تصرف الغلة إلى المعين في حياته [٧٥٨/أ]، ثم إلى الفقراء بعد موته.

وإن لم يقترن.. يكون تمليكاً لا وقفاً.

وإن لم يكن معيّناً؛ فإن كان غنياً.. لا يصح أصلاً، إلا أن يدلّ بما يدلّ على القربة.

وإن كان فقيراً.. يكون وقفاً عليه؛ سواء اقترن ما يدلّ على القربة أو لا.

وإن ذكر الغني مع الفقير.. يكون وقفاً على الفقراء.

إذا عرفت هذا: فاعلم أيضاً: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص بالفقراء، ووجه يكون للغني ثم للفقراء، ووجه يكون للأغنياء والفقراء على السواء.

ولمّا أشار المصنف إلى الوجهين الأوّلين بقوله: «فلو وقف على الفقراء» وقد ظهر تفصيلهما وبيان مواضعهما مما ذكرناه.. أراد أن يذكر الوجه الثالث، فقال:

(**أو بنى سقايةً**)، وفي «المصباح»: السقاية بالكسر: الموضع الذي يتّخذ لسقي الناس، وفيه كلام سيأتي ذكره.

(**أو خاناً، أو رباطاً لبني السبيل، أو جعل أرضه مقبرة**).

والمراد بالأرض ههنا: الأرض المملوكة؛ إذ لا يصحّ وقف الأراضي الأميرية والمغصوبة: إلّا بالتملك من السلطان والمغصوب منه، حتى لو وقفهما، ثم اشتراهما أو صالح على مال ودفعه إليه.. لا يكون وقفاً؛ لأن من شرط صحّة الوقف: أن يكون الموقوف مملوكاً له حين وقف؛ على ما ذكرناه، وبيان الأراضي الأميرية تقدم في باب العشر.

(**لا يزول ملكه [عنه] إلا بالحكم**) عند أبي حنيفة، والإضافة إلى ما بعد الموت

كالحكم عنده؛ على ما صرّح به في «البحر»، ثم هذا في حكم القاضي.

وأما حكم المحكّم: فالصحيح أنه لا يلزم، ولا يزول ملكه؛ على ما تقدّم.

وفي قوله: «لا يزول ملكه» إشارة إلى ما صرّح به في «الهداية» و«الإسعاف» وغيرهما: من أن الصحيح: أن لا خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه في صحة أصل الوقف، وإنما الخلاف في اللزوم وعدمه، وقد ذكرناه من قبل:

فما ذكره في «الخلاصة»: من أنه كما لا يصح الوقف عند أبي حنيفة: لا يصح جعل أرضه مقبرة وجعل داره خاناً أو سقاية، وكذا إذا بنى بيتاً بمكة للحاج أو السقاية أو الحياض أو الآبار والقناطير.. لا يصح عنده إلا جعله مسجداً، الكل في «السير الكبير».

وذكر في الوقف: إني وجدت في «النوادر»: وعن أبي حنيفة: أنه أجاز وقف المقبرة والطريق والمقنطرة. انتهى.

ينبغي أن يحمل على سلب اللزوم؛ أي لا يلزم عنده.

واعلم أنّ هذه الأشياء. [٧٥٨/ب]: يصح وقفها بالاتفاق، ويستوي الأغنياء والفقراء في الانتفاع بأعيانها.

قال في «الهداية»: ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين، أو جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين، أو جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين، أو جعل غلّة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه.. فهو جائز، ولا رجوع فيها لما بينا، إلا أن في الغلة تحل للفقراء دون الأغنياء، وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك.. يستوي فيه الفقير والغني.

والفارق: هو العرف بين الفصلين؛ فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة: الفقراء، وفي غيرها: التسوية بينهم وبين الأغنياء، ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه. انتهى.

وذكر في «الزيلعي» أيضاً: بأنه لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الأشياء بين الغني والفقير، حتى جاز للكلّ النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة، بخلاف الغلة؛ حيث لا يجوز إلّا للفقراء؛ لأن الغني مستغنٍ بماله عن الصدقة، ولا يستغني عما ذكرنا عادة، وهي الفارقة؛ لأنه لا يمكنه أن يستصحب هذه الأشياء عادة، فكان محتاجاً إليه كالفقير، ولا حاجة له إلى الغلة لاستغنائه عنها بماله.

ولو وقف أرضاً ليصرف غلتها إلى الحاج أو الغزاة أو طلبة العلم.. لا تصرف إلى الغني منهم. انتهى.

وقال في «فتح القدير» بعدما ذكر العرف الفارق بين الفصلين: ولأن الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول؛ لأن الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه [في كل مكان].

لا يحل له التناول من الوقف، فقد جزموا: أن كل وقف ينتفع بعينه.. يستوي فيه الفقير والغني؛ كالانتفاع بأعيان الأشياء المذكورة، وكلّ وقف ينتفع بغلته لا بعينه.. يخص به الفقراء؛ كجعل غلة أرضه أو داره للغزاة أو للحاج أو لطلبة العلم أو لأبناء السبيل؛ للعرف، ولاستوائهما في الاحتياج إلى ملك الأشياء، ولاستغناء الغني بماله عن الصدقة، وهذا ليس على إطلاقه، بل لا بد أن يقيد بما إذا لم تكن الغلة في مقابلة الخدمة، وبما إذا لم يكن الغني معيناً في الوقف عليه [٧٥٩/أ]؛ فإن للغني يجوز أن يتناول غلة الوقف في هذين الموضعين؛ لما في «القنية»: لا يحلّ للإمام غلّة أوقاف الإمامة إذا كان غنياً شرعاً، إلا إذا كان الوقف عليه بعينه، هكذا ذكره بعَلَامة الكرابيسي.

ثم قال: لكني أستحسن في الغني الذي لا يتجر وفرغ نفسه للإمامة: أن يحلّ له؛ كالمفتي والقاضي وما يشبهه من المتعلمين.

ثم قال نقلاً عن الكرابيسي أيضاً: الأوقاف على الفقهاء تجوز للأغنياء إذا فرّغوا أنفسهم للتّفقه؛ فإنه كالفقير، وإن لم يفرّغ نفسه؛ فإن كان معيناً.. جاز، وإلا.. فلا.

ثم ذكر في باب آخر نقلاً عن وقف هلال: أن الوقف على ثلاثة أوجه: وجه يختص به الفقراء، ووجه يكون للأغنياء ثم للفقراء، ووجه يستوي فيه الفقراء والأغنياء؛ كالرباطات والخانات والمقابر والمساجد والسقايات والقناطير؛ لأن الغني يحتاج إلى هذه الأشياء كالفقير.

ولا يجوز صرف الأدوية الموقوفة في البيمارخانه إلى الأغنياء، بخلاف ماء السقاية؛ لأن الحاجة في ماء السقاية أغلب، بخلاف الأدوية، ولأن الأدوية: منفعة، والرباطات ونحوها: عين مال الوقف.. فيستوي فيه الغني والفقير، بخلاف المنفعة؛ فإنها مختصة بالفقراء. الكل في «القنية».

والذي ظهر منه: أن الغني يجوز له الانتفاع من عين الوقف؛ كما في الأشياء المذكورة وغيرها مما ينتفع بأعيانها، ومن غلته أيضاً إن كان معيناً في الوقف أو كانت الغلة في مقابلة الخدمة، وإلا.. فلا يحل له الانتفاع من غلة الوقف.

وإنما جاز فيما إذا كان معيناً في الوقف: لكونه تمليكاً له حينئذ، وفيما إذا كانت الغلة في مقابلة الخدمة: يكون أجرة، وأما إذا لم يكن معيناً في الوقف ولم تكن الغلة في مقابلة الخدمة.. فلا يحل له الانتفاع من الغلة؛ لعدم المجوز.

وذكر في «قاضي خان» و«الاسعاف»: أن الغني والفقير يستويان في الانتفاع بثمر الشجرة الواقعة في المفازة إذا جعلت وقفاً على المارة، وبالماء الموضوع في الفلوات؛ كماء السقاية والجنازة وثيابها، وهذا لأن الانتفاع بتلك الثمرة من قبيل الانتفاع بعين الوقف وإن أطلق عليها الغلة؛ لأن ثمرة الشجرة ليست كأجرة الدار

وربح المال؛ لأنها تخرج من عين الشجرة فتلحق بها، ولهذا كان الغاصب [٧٥٩/ب] بالإتلاف - مع أن أجرة الدار - لا يضمن في غير موضع ثلاث، وكذا لا يضمن ربح المال.

وكان الحالف في: «لا يأكل من هذه الشجرة».. حانثاً بالأكل من ثمارها؛ لأن تلك الشجرة في موضع يحتاج الغني فيه كالفقير.. فصار كالخان والرباط، وكذا الانتفاع بالماء الموضوع في الفلوات؛ لأن ذلك الماء ليس بغلّة الوقف، ولا بمشترى بالغلة، بل الغلة إنما تصرف لمصارف الوقف من المتولي وغيره؛ كماء السقاية التي تسمّى بجشمه، ولأن الفقير كالغني في الاحتياج إلى هذين المائين؛ أما في الفلوات: فلأن الفلاة هي الصحراء الخالية عن الماء؛ على ما في «المصباح»، ولو منع الغني من هذا الماء.. لزم الحرج والضرر، وكذا ماء السقاية، فلا يستغني الغني عن هذين المائين بغناه.

بخلاف الماء الممزوج بالثلج المشترى بغلة الوقف الموضوع في المساجد والجوامع والأسواق في أيّام الصيف؛ فإن الانتفاع بهذا الماء ليس انتفاعاً بعين الوقف؛ لأن الثلج يشترى بغلة الوقف، فيكون الانتفاع بها انتفاعاً بغلة الوقف، ولأن الغني لا يحتاج إليه، بل يستغني عنه بغناه؛ لأنه في موضع يكثر فيه الثلج والماء.. فلا يحل للغني الشرب من هذا الماء؛ لما ذكرناه: من أن الغني لا يحل له التناول بغلة الوقف إلا بطريق التمليك له، أو بكون الغلة في مقابلة الخدمة، أو في مواضع ضرورة الحاجة، ومعلوم: أن تلك الغلة ليست في مقابلة الخدمة، ولا يمكن التمليك ههنا أيضاً؛ لأنه غير معين، والتمليك لغير المعين.. غير ممكن.

نعم، لو قال الواقف حين الوقف: «داري هذه موقوفة بشراء الثلج في جامع كذا، على أن للمتولي أن يعطي من شاء».. جاز الشرب من ذلك الماء للغني الذي ملكه المتولي، وإلا.. فلا؛ لأن المتولي وكيل الواقف، فكما أن للواقف تمليك من

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: إِذْا سلَّمه إِلَى متولٍّ، واستقى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ، ....

شاء.. فكذا لوكيله، وقد خفي هذا على كثير من الناس، فأفردت فيه رسالة فليطلب تفصيله منها.

وإن اشتبه هذا بعدما ذكر.. فلينظر في وصايا الذمي في آخر الدرر والغرر؛ فإنه صرح فيه بأن الوصية المطلقة، وكذا الوقف المطلق.. مختص بالفقير، ولا تحل للغني وإن عممت؛ بأن يقول الموصي والواقف: «يأكل منها الفقير والغني»؛ لأن أكل الغني من الوصية لا يصح إلّا بطريق التمليك، والتمليك لا يصح إلّا [٧٦٠/أ] للمعين، والغني لا يعين.

(**وعند أبي يوسف: يزول بمجرد القول، وعند محمد: إذا سلّمه إلى متول**) أو إلى الموقوف عليه؛ على ما في «قاضي خان».

(**واستقى الناس من السقاية**).

واعلم: أنه قد وقع النزاع بيننا وبين بعض الناس ممن تصدى برئاسة العلم، في أن المراد بالسقاية المذكورة في كلامهم هذا ما هو؟ فقال ذلك المصدي: مرادهم بالسقاية ههنا: هو الموضع المعد للماء المبرد بالثلج في أيام الصيف، المسمى بسبيل خانه، والإناء الكبير الموضوع عند مسجد من المساجد للماء المبرد بالثلج، وأما الموضع المسمى بجشمه.. فليس بسقاية في العرف، واستدلّ عليه: بأن السقاية وإن كانت أعم في اللغة.. لكنها في العرف مختصة بموضع يصب فيه الماء بالجرة للشرب أو التوضؤ، لا يجوز لغيرهما، ويكون له قِصَاع وكيزان، وهذا المعنى إنما يصدق على الموضع المسمى بسبيل خانه والإناء المذكور، لا الموضع المسمى بجشمه؛ إذ ليس له قصاع وكيزان، ولا يختص بالشرب والتوضؤ، بل يجوز استعمال مائه لغير الشرب والتوضؤ.

واستدل عليه بما ذكره في «المحيط» نقلاً عن شمس الأئمة الحلواني: أما السقاية التي تكون في بلادنا إذا جعلها للشرب فأراد إنسان أن يتوضأ بها.. اختلف المشايخ فيه، وأجمعوا على أنه إذا وقف للوضوء.. لا يجوز الشرب منه. انتهى.

وبما ذكره في «القنية»: صغير كان يأخذ من السقايات ماءً لإصلاح المرواة أو قصعة للشرب، ثم بلغ وندم.. لا يكفيه الندم، بل يرد الضمان إلى القيم، ولا يجزيه صب مثله في السقاية. انتهى.

فقال: فدل مسألة «المحيط»: على أن السقاية تجعل للشرب تارة وللوضوء أخرى، وإذا جعلت للشرب.. لا يجوز التوضؤ منه على الخلاف المذكور، وإذا جعلت للتوضؤ.. لا يجوز الشرب منه إجماعاً.

فظهر: أن العين المسماة بجشمه ليست سقاية في العرف؛ إذ لم يقل أحد بعدم جواز التوضؤ، ولا أشرب منها على حال من الأحوال.

وقال: ودل مسألة «القنية»: على أن أخذ مائها لغير الشرب يوجب الضمان، وأخذ ماء تلك العين المسماة بجشمه لغير الشرب.. لا يوجب الضمان، بل هو مباح مطلقاً، ولا بصبه فيها الماء أيضاً، فلم يصدق عليها السقاية. هذا ما ذكره مختصراً.

أقول: إن معنى السقاية في اللغة: هو الموضع المتخذ لسقي الناس، [٧٦٠/ب] على ما ذكره في «المصباح»، وهكذا ذكره في «شرح المجمع»، وهو الظاهر من كلام «الهداية» و«الزيلعي»؛ إذ لم يقيدوا بما يخصها بما ذكره ذلك المخصص.

وقال في «ذخيرة العقبى»: السقاية: موضع أعدّ في الطرقات فيملأ بالماء لينتفع به الناس، فما ذكره في «ذخيرة العقبى» أخص ممّا ذكره في «المصباح» وشرح «المجمع»، فظهر منه: أن الفقهاء كما يطلقون لفظ السقاية على الموضع المسمى بسبيل خانه والإناء المذكور.. كذلك يطلقون على الموضع المسمّى بجشمه، فذلك القائل؛ إن أراد عرف الفقهاء وهو الظاهر من استدلاله بكلام الفقهاء من صاحب

«المحيط» و«القنية».. فباطلُ الظهور صدقُ ما ذكرناه من تعريفهم على الموضع المسمّى بجشمه، ولا دلالة فيما ذكره من «المحيط» و«القنية» أصلاً على ما ادعاه من التخصيص، بل غاية ما يدل كلاهما: أن السقاية التي جعلت للشرب أو للوضوء لا يجوز استعمال مائها لغيره، ولو استعمل.. لكان ضامناً، وهذا بناء على أنّ الوقف على جهة يصرف إلى تلك الجهة لا إلى غيرها، ولا يلزم منه اختصاصها بما ذكر على ما زعمه ذلك القائل، بل السقاية في عرفهم على أنواع:

منها: ما يجعل للشرب فقط.

ومنها: ما يجعل للوضوء فقط، وحكم هذين النوعين: ما ذكره في «المحيط» و«القنية».

ومنها: ما يكون أعم من الشرب والوضوء، وهو المسمّى بجشمه، ويجوز استعمال مائه للشرب والوضوء وغيرهما، ويكفي في لزوم وقفية هذا النوع منها ولو مرة، ولا يلزم التسليم على المتولي، بخلاف ما يحتاج فيه إلى صب الماء؛ فإنه يحتاج فيه إلى التسليم إلى ما يصب ماءه، ولا يكفي شرب واحد من الناس على ما صرّح به في «الإسعاف»؛ حيث قال: إن شرب واحد من الناس.. يكفي في السقاية التي لا يحتاج فيه إلى صب الماء، وأما السقاية التي يحتاج فيه إلى صب الماء.. فلا يكفي فيها شرب الناس منه، بل لا بد من التسليم إلى ما يصب الماء فيه، فبعد تصريحهم هذا: كيف يدّعي ذلك القائل اختصاص السقاية بما ذكره عند الفقهاء، حاشاهم عنه.

وإن أراد الصرف التمام.. فلم نسمع من أحد ممن يُعرِّف معنى لفظ السقاية: أنه يخصّصها بما ذكره ذلك القائل، ويخرج المسماة بجشمه، وما ذكره من كلام «المحيط» و«القنية» مع عدم دلالته [٧٦١/أ] على ما ادعاه من التخصيص كما ترى.. لا يصح الاستدلال به على إثبات العرف العام؛ لأنه من كلام الفقهاء.

وَسَكَنُوا الخانَ والرِّباطَ، ودَفَنُوا فِي الْمقْبَرَةِ.

ثم أقول: إن العين المسمّاة بجشمه لا شك أنّها مما يستوي فيه الفقير والغني؛ فإذا خرجت عن السقاية.. ففي أيّ نوع تندرج من أنواع ما يستوي فيه الفقير والغني؟ فهذه الدّعوى ليست إلّا مكابرة، نعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيّئات أعمالنا.

ولذلك القائل كلام أعجب منه في رسالته، وأفردت في رده رسالة، ومن أراد الإطلاع.. فلينظر في رسالتنا، والحاصل: أنّ المراد بالسقاية ههنا: هي التي يستوي فيها الفقير والغني في الاحتياج إليها؛ كالسقاية المسماة بجشمه في ديارنا، وأما السقاية التي يستغنى عنها الغنى بغناه كالسقاية المسمّاة بسبيل خانه في المساجد والجوامع.. فليست بمرادة ههنا؛ لاختصاصها بالفقير.

(وسكنوا في الخان والرباط، ودفنوا في المقبرة).

والذي ظهر من عطف قوله: «واستقى الناس» على «سلمه» أن اللزوم في وقفية الأشياء المذكورة إنما يثبت بالتسليم إلى المتولي، وبالاستعمال عند محمد، ولا يكفي فيها التسليم إلى المتولي فقط كما يكفي في الوقف على الفقراء، ولا الاستعمال بالإذن فقط.

وقد اختلف ههنا عباراتهم، ففي «الخلاصة» و«البزازية»: ولو جعل أرضه مقبرة.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بأن يقبروا فيها الميت، وكذا الرباط والحوض والسقاية.. لا يصح ما لم يسلم، والتسليم: أن يأذن الناس بالنزول فيه والاستقاء منه فنزلوا واستقوا منه ودفنوا مرة.. كفى. انتهى.

والذي ظهر منه: أن استعمال الناس مرة واحدة بالإذن يكفي في اللزوم، ولا حاجة إلى التسليم إلى المتولي، وهكذا في «الإسعاف»، إلا أنه قال: تسليم كل شيء بما يليق به، ففي المقبرة: يحصل بدفن واحد فصاعداً بإذنه، وفي السقاية: بشرب، وفي الخان: بنزول واحد من المارة بإذنه.

هذا في المقبرة والسقاية والخان الذي ينزل المارة كلّ يوم، وأما السقاية التي يحتاج إلى صب الماء فيها والخان الذي ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر.. فلا بد فيها من التسليم إلى متول خاص؛ لأن نزولهم يكون في السنة مرة، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه، وإلى من يصب الماء [٧٦١/ب] فيها. انتهى.

ففيه فرق بين ما يحتاج فيه إلى التسليم إلى المتولي، وبين ما لا يحتاج إليه كما ترى.

قال في «الفتاوى القدرية» نقلا عن «المحيط البرهاني»: قال محمد: إذا جعل أرضه مقبرة للمسلمين.. جاز، وليس له أن يرجع فيها بعد تمامها، وتمامها: أن يقبر فيها إنسان واحد بإذنه أو أكثر من ذلك، وهل يتم بالتسليم إلى المتولي؟

لا رواية فيه عن أصحابنا، وقد اختلف المشايخ فيه.

وكذلك إذا جعلها خاناً للمارة من المسلمين وخلّى بينهم وبينها؛ فإذا نزلها بإذنه واحد أو أكثر... فلا سبيل له بعد ذلك عليها، وإن مات.. لم يكن شيء من ذلك ميراثاً.

وإذا سلّمها إلى المتولي.. يتم بالقبض ذكره محمد في «الأصل»؛ فعلى قول من قال في مسألة المقبرة: «لا يتم بالتسليم إلى المتولي».. يحتاج إلى الفرق بين المقبرة والخان.

والفرق: أن المقبرة لا يكون لها متولّ في العادة، فلا يعتبر قبضه، بخلاف المال، وكذلك السقاية يجعلها في أرضه فيسقون ويشربون ويتوضؤون، فشرب منها إنسان أو سلّمها إلى المتولى.. فليس له أن يرجع بعد ذلك عنه، وكذلك الحوض والبئر يجعله في أرضه. انتهى.

والذي ظهر منه: أن التسليم إلى المتولّي يكفي في لزوم وقفية هذه الأشياء بدون استعمال الناس، وهكذا ذكره صاحب «المجمع» في شرحه؛ حيث قال: ولو

وَشُرِطَ لِتَمامِهِ ذِكْرُ مصرِفٍ مَؤبَّدٍ وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَصحُّ بدونه.

سلم هذه الأشياء إلى المتولي.. جاز ولزم؛ لأن فعله ينوب مناب الموقوف عليه، فالمصنف جمع بين الأمرين.

ويحتمل أن يكون مراده بقوله: «إذا سلمه إلى متول»: بالنسبة إلى الوقف على الفقراء.

وبما بعده من قوله: «واستقى الناس»: بالنسبة على الأشياء المذكورة.. فحينئذٍ ينطبق كلامه على ما ظهر من «الخلاصة» و«البزازية».

(**وشرط لتمامه ذكر مصرف مؤبّد**)، هذا عند محمد، وأبو حنيفة معه، وذلك لأن الوقف تصدّق بالمنفعة، وذلك قد يكون موقتاً، وقد يكون مؤبداً، فمطلقه: لا يدل على التأبيد، فلا بدّ من التنصيص عليه؛ مثل أن يقول: «وقفت على كذا، ثم على الفقراء»، وأشار بلفظ الذكر إلى ما في «الإسعاف» وغيره من أن الخلاف بين محمد وأبي يوسف في اشتراط التأبيد وعدمه: إنما هو في التنصيص عليه، أو على ما يقوم مقامه؛ كالفقراء ولفظ الصدقة.

وأما التأبيد معنى: فشرط اتفاقاً على الصحيح.

(**وعند أبي يوسف: يصح بدونه**) [٧٦٢/أ] أي: بدون ذكر مصرف مؤبّد؛ لأن لفظ الوقف ينبئ عنه؛ لأنه إزالة الملك بدون التمليك؛ كالعتق عنده، فلا حاجة إلى ذكر لفظه والتنصيص عليه، فلو قال: «داري هذه موقوفة».. يكون وقفاً على الفقراء عند أبي يوسف، وهو قول عثمان البتي، وعليه الفتوى على ما تقدّم، ولا يكون وقفاً عند محمد وهلال، ومعه أبو حنيفة، والوجه: ما ذكرناه، قال في «شرح المجمع»: إنّ هذا الخلاف فيما إذا وقف مطلقاً أو على شخص بعينه ولم يذكر معه اسم الله تعالى أو لفظ الصّدقة، حتى لو قال: هذه موقوفة لله تعالى، أو قال: هذه صدقة موقوفة على فلان.. جاز الوقف اتفاقاً؛ لأن المراد من ذكر الله تعالى: أن يكون للفقراء عادة، وكذا عرف من ذكر الصدقة: أنه أراد به الوقف على الفقراء دلالة؛ لأن الصّدقة إنما تكون

وَإِذا انْقَطعَ.. صُرِفَ إِلَى الْفُقَرَاءِ.

للفقراء، فذكر فلان ليدلّ على أنه يختص بالغلة ما دام حيّاً، فمتى مات. تصرف على الفقراء. انتهى.

والذي ظهر منه: أن محلّ الخلاف بين أبي يوسف ومحمّد صورتان:

إحداهما: أنه لو قال: «هذه موقوفة» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عليه عند أبي يوسف، لا عند محمد.

والثانية: أنه لو قال: «هذه موقوفة على فلان» ولم يزد عليه.. يكون وقفاً عند أبي يوسف، لا عند محمّد.

وقد صرّح في «قاضي خان» وغيره من الفتاوى: أن في الصورة الثانية لا يكون وقفاً باتفاق أبي يوسف ومحمد وهلال، وفرّق أبو يوسف بين الصورتين وقال: إن في الأوّل لم يذكر الموقوف عليه، فيكون وقفاً على الفقراء؛ عملاً بإطلاق لفظ الوقف، وفي الثاني: ذكر معيناً، فلا يكون وقفاً، بل تمليكاً له في حياته، وبعد موته.. ينتقل إلى ملك الواقف، وقد ذكرناه.

(**وإذا انقطع**) الموقوف عليه (.. **صرف إلى الفقراء**)، وإن لم يذكر في اللفظ تحقيقاً للتأبيد؛ لأن لفظ الوقف يدل عليه؛ لأن مصرفه هو الفقراء، وجهة الفقراء لا تنقطع، فلا حاجة إلى الذكر.

لا يخفى عليك: أن الخلاف بينهما في صورة واحدة؛ أعني: أنه لو قال: هذه موقوفة على ما ذكرناه آنفاً، والوقف في هذه الصورة يكون للفقراء ابتداء لا بعد انقطاع الموقوف عليه، فالأولى: أن يحذف «إذا انقطع» ويقول: «ويصرف إلى الفقراء».

وإنما يستقيم [٧٦٢/ب] هذا فيما لو قال: «هذه موقوفة على فلان، ثم إلى الفقراء»، أو قال: «صدقة موقوفة على فلان»؛ لأنه إنما يصرف إلى الفقراء في هاتين

وَصَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وقفُ الْمشَاعِ، وَجعلُ غلَّةِ الْوَقْفِ أَوِ الْولَايَةِ لنَفسِهِ، وَجعلُ الْبَعْضِ أَوِ الْكلِّ لأُمَّهاتِ أَوْلَادِهِ أَو مدبَّرِيهِ مَا داموا أَحيَاءً، وبعدَهُم للْفُقَرَاءِ.

وَشُرِطَ أَنَ يَسْتَبْدِلَ بِهِ غَيرَهُ إِذا شَاءَ، خلافًا لمُحَمَّدٍ فِي الكلّ.

الصورتين بعد انقطاع المعين بالموت، لكنه لا خلاف بينهما في هاتين الصورتين في صحة الوقف على ما ذكرناه.

(وصحّ عند أبي يوسف وقف المشاع)، وعليه الفتوى.كما في «المضمرات».

وفي «البزازية»: والفتوى على قول محمد في وقف المشاع.

(وجعل غلة الوقف أو الولاية لنفسه، وجعل البعض أو الكل) من الغلة **(لأمّهات أولاده أو مدبّريه ما داموا أحياء، وبعدهم للفقراء، وشُرِطَ: أن يستبدل به غيره إذا شاء، خلافاً لمحمد في الكلّ)**.

أما المشاع: فالخلاف فيه مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف إلى المتولي وقبضه، وعدم اشتراطه، فلمّا شرطه محمد.. قال بعدم صحة وقف المشاع؛ لأن القسمة من تمام القبض، ولا بد من القبض عنده، فكذا ما هو من تمامه.

ولما لم يشترطه أبو يوسف.. قال بصحته؛ لأنه لمّا لم يشترط القبض عنده.. فكذا ما هو من تمامه.

فمن أخذ بقول أبي يوسف.. في خروجه بمجرد اللّفظ، وهم مشايخ بلخ.. أخذ بقوله ههنا؛ أي: وقف المشاع أيضاً.

ومن أخذ بقول محمد في تلك، وهم مشايخ بخارى.. أخذ بقوله ههنا أيضاً.

وألحقه محمد بالهبة والصدقة المنجزة؛ أي: المسلمة إلى الفقير؛ فإنها لا تصح مشاعاً بدون القسمة، فكذا الوقف؛ لأنه الصدقة المستمرة.

وفرّق أبو يوسف: بأن اشترط القبض في الهبة والصدقة المنجزة؛ لما فيهما من التمليك للغير، وأما الوقف.. فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه، وإنما هو إسقاط الملك كالعتق، فلا موجب فيه لاشتراط القبض.

وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة، وأما ما لا يحتملها كالحمام والرحى والبيت الصغير.. فيجوز وقفه بالاتفاق شيوعاً بلا قسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف.. فات الانتفاع، فاكتفي فيه بتحقق التسليم في الجملة، إلا في المسجد والمقبرة.. فإنهم اتفقوا على عدم جواز وقف المشاع مسجداً أو مقبرة؛ سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتملها؛ لأن الشيوع مطلقاً يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايؤ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح، وهو: أن يكون المكان مسجداً سنة، وإصطبلاً للدواب [٧٦٣/أ] سنة، ومقبرة سنة، ومزرعة سنة.

ثم محلّ الخلاف - أعني: ما يحتمل القسمة - لو رفع الأمر فيه إلى القاضي فقضى بجوازه.. يجوز عند الكلّ؛ لأن قضاء القاضي في المجتهد فيه يرفع الخلاف.

ثم إن طلب بعضهم القسمة من القاضي بعد الحكم بصحته.. فقال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي، بل يأمرهم بالمهايأة.

وقال صاحباه: يقسم؛ فلو وقعت بعد القسمة قطعة من الأرض في نصيب الواقف.. يتعين تلك القطعة للوقف، ولا يحتاج إلى إعادة الوقف فيها.

ولو دفعها بعد القسمة أيضاً.. لكان أحوط.

هذا إذا كانت الأرض مشتركة بينه وبين غيره، وإن كانت الأرض كلّها له ووقف نصفها.. ينبغي أن يبيع النصف بعد ذلك، ثم يقسمان؛ فإن لم يبع، ولكن رفع الأمر إلى القاضي فأمر القاضي رجلا بالقسمة معه.. جاز ذلك.

ولو أن قرية بعضها وقف على قول من يرى وقف المشاع، وبعضها أرض مملكة، وبعضها ملك، فأرادوا قسمة بعضها ليتعين الملك فيجعلوها مقبرة؛ قالوا: إن أرادوا قسمة موضع من هذه القرية.. لا يجوز؛ لأن المقصود من القسمة تمييز الوقف من غيره، وبهذه القسمة لا يتعين الملك من الوقف؛ فإن أرادوا قسمة كل القرية على مقدار نصيب كلّ فريق.. جازت القسمة؛ لأن هذه القسمة تفيد التمييز بين الوقف وغيره.

حانوت بين شريكين، وقف أحدهما نصيبه، وأراد الواقف أن يضرب لوح الوقف على بابه، فمنعه الشريك.. ليس له أن يضرب اللوح؛ لأن ذلك تصرف في محلّ مشترك؛ فأن رفع الأمر إلى القاضي فأذن القاضي بذلك.. جاز؛ صيانة للوقف عن البطلان.

هذا كله إذا كان بعض الأرض ملكاً والبعض الآخر وقفاً؛ فإن كان الكلّ وقفاً على الأرباب فأرادوا القسمة.. لا يقسم بينهم؛ لأن حقهم في المنفعة لا في العين، وكذا لا يتهيأ، حتى لو كان رجل وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو سكنى ولده ونسله ماتناسلوا؛ فإذا انقرضوا كانت غلتها للفقراء.. جاز الوقف على شرطه، وليس لأحد من الموقوف عليه السكنى أن يكريها، ولو زادت على قدر حاجة سكناه.

نعم، له الإعارة لا غير، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم.. ليس لهم إلا سكناه فقط على عددهم، ولو كانوا ذكوراً [٧٦٣/ب] وإناثاً؛ إن كان فيها حجر ومقاصير.. كان للذكور إن يسكنوا نسائهم معهم، والإناث أن يسكنَّ أزواجهنَّ معهن.

وإن لم يكن فيها حجر.. لا يقسم بينهم، ولا يقع فيها مهايأة، وإنما سكناه لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم.

هذا في قسمة الوقف الواحد على أربابه، وأما قسمة وقف عن وقف آخر.. فهل تجوز؟

ففي «فتاوى ابن نجيم»: أن قسمة وقف من وقف آخر إذا كان فيها مصلحة.. يجوز، لكن إن كان لكلّ وقف ناظر.. فيقاسمان فيأخذ كلّ ناظر وقفه، وإن كان تحت ناظر واحد.. يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسم قسماً فيقاسمه.

وقال في «القنية» بعلامة أبي حامد: ضيعة موقوفة على الموالي.. فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة، لا قسمة تملك.

وفيها أيضاً، بعلامة ظهير الدين المرغيتاني: أرض وقف بينهما، قسماها وأجر أحدهما حصته.. فالأجر بينهما.

وقيل: للمؤجر.

وفي «المحيط»: إذا اقتسم الموقوف عليهم الأرض الموقوفة عليهم.. فلأحدهم إبطالها.

ثم المانع على قول محمد عن جواز الوقف: هو الشيوع وقت قبض المتولي لا وقت العقد، حتى لو كانت الأرض بين رجلين فتصدقا بها صدقة على الفقراء أو على وجوه البر غير الفقراء، ودفعاها إلى متولٍ.. كان جائزاً بالاتفاق؛ إذ لم يوجد فيه شيوع أصلاً لا وقت العقد - لأنهما وقفا معاً - ولا وقت القبض؛ لأنهما سلما معاجلة.

ولو تصدق كل واحد منهما بنصف هذه الأرض مشاعاً صدقة موقوفة وجعل كل واحد منهما لوقفه متولياً على حدة.. لا يجوز عنده؛ لوجود الشيوع وقت العقد؛ لأن كل واحد منهما باشر العقد على حدة، وتمكن الشيوع وقت القبض أيضاً؛ لأن كل واحد من المتوليين قبض نصفاً شائعاً.

وإن قال كل واحد منها لمتوليه في نصيبه: اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي.. يجوز.

ولو تصدق أحدهما نصيبه من الأرض صدقة موقوفة على الفقراء، ثم تصدق الآخر نصيبه صدقة موقوفة على الفقراء، وجعلا لذلك متولياً واحداً.. جاز؛ لأنه وإن

كان وجد الشيوع وقت العقد، ولكن لم يوجد وقت القبض؛ لأن المتولي قبض الأرض جملة، وهما سلما إليه جملة.

ولو وقف داره واستحق جزء شائع منها.. بطل الوقف عند محمد؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً بالوقف كما في الهبة إذا وهب الكل، ثم استحق بعضه.. بطلت [٧٦٤/أ] الهبة.

بخلاف ما لو وهب الكلّ، ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل، ولا يخرج من الثلث؛ فإنه لا يبطل الباقي؛ لأن الشيوع طارٍ، وإذا بطل الوقف في الباقي.. رجع إلى الواقف لو كان حياً، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته.

ولو كان المستحق جزءاً معيناً.. لم يبطل الوقف في الباقي؛ لعدم الشيوع، ولهذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط.

وأما جعل غلّة الوقف كلّها أو بعضها لنفسه.. فهو جائز عند أبي يوسف، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والزهري.

ولا يجوز على قياس قول محمد، وهو قول هلال الرازي والشافعي ومالك.

قال الصدر الشهيد: الفتوى على قول أبي يوسف؛ ترغيباً للناس في الوقف، وبه أخذ مشايخ بلخ.

ومن صور اشتراط الغلة لنفسه: ما لو قال: على أن يقضي دينه من غلته، أو قال: إذا حدث عليَّ الموت وعلي دين.. يبدأ من غلّة هذا الوقف لقضاء ما علي، فما فضل.. فعلى سبيله.

وفي وقف الخصّاف: إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلّة هذا الوقف، فجاءت غلّته فباعها وقبض ثمنها، ثم مات قبل أن ينفق ذلك.. هل يكون ذلك لورثته أو لأهل الوقف؟ [قال: يكون لورثته]؛ لأنه قد حصل وكان له، ثم

اختلفوا؛ فمنهم من قال: إنّ هذا الخلاف مبني على الخلاف في اشتراط القبض وعدم اشتراطه، فلا يشترطه محمّد مع اشتراط الغلة كلّها أو بعضها لنفسه؛ لأنه حينئذ لا تنقطع حصته فيه، وهو يمنع قبض المتولي، ولما لم يشرطه أبو يوسف.. لم يمنعه.

ومنهم من قال: إنه مسألة مبتدأة غير مبنية على الخلاف المذكور.

فوجه محمد على هذا التقدير: أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو للسكنى، فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله؛ لأن التمليك لنفسه لا يتحقق، فصار كالصدقة المنعدمة؛ لأنها لم تجز مع اشتراط بعض ما يتصدق به لنفسه، فكذا في الصدقة الموقوفة.

ولأبي يوسف: ما روي أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقته، والمراد: صدقته الموقوفة.

ولا يحلّ الأكل منها إلا بالشرط؛ فإن الإجماع على أن الواقف إذا لم يشترط لنفسه الأكل منها.. لا يحل له أن يأكل منها [٧٦٤/ب] بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا شرطه. كذا في «فتح القدير».

ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى؛ فإذا اشرط الكل أو البعض لنفسه.. فقد جعل ما كان لله تعالى لنفسه، لا أنه جعل ملك نفسه لنفسه.

وأما جعل التولية لنفسه.. فقد نصّ فيه القدوري على قول أبي يوسف؛ حيث قال: أو جعل الولاية لنفسه.. جاز على قول أبي يوسف، وهو قول هلال أيضاً.

وجعله في «الهداية» ظاهر المذهب.

وذكر هلال في وقفه فقال: وقال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه.. كانت الولاية له، وإن لم يشترط.. لم يكن له ولاية، وهذا بظاهره لا يستقيم على قول أبي يوسف؛ لأن له ولاية على قوله؛ شرط أو سكت.

ولا على قول محمد أيضاً؛ لأن التسليم إلى المتولي شرط صحة الوقف عنده، فكيف يصح أن يشترط الواقف الولاية لنفسه، وهو يمنع التسليم إلى المتولي؟

فأوّله بعض مشايخنا وقالوا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد؛ لأن من أصله: أنّ التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف؛ فإذا سلّمه إليه.. لم يبق له ولاية فيه، معناه: إذا سلمه إليه ولم يشترط لنفسه.. لم يبق له ولاية.

وأما إذا سلمه إليه وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه قبل التسليم.. كان له الولاية بعدما سلمه إلى المتولى.

ومن تأويلهم هذا أخذوا وقالوا: إن شرط التولية لنفسه لا يجوز عند محمد، ويدلّ على هذا التأويل: ما ذكره في «قاضي خان»، وقال: ذكر محمد في «السير»: إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم.. لا يكون له الولاية بعد ذلك، إلا أن يشترط الولاية لنفسه.

وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف.. فليس له ولاية بعد التسليم.

ثم قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد: التسليم إلى المتولي شرط لصحة الوقف، فلا يبقى له ولاية بعد التسليم، إلا أن يشترط الولاية لنفسه.

وأما على قول أبي يوسف التسليم على المتولي ليس بشرط.. فكانت الولاية للواقف وإن لم يشترط الولاية لنفسه.

وقال بعض مشايخنا: معنى ما ذكره هلال من لفظة: «إن شرط الولاية لنفسه فهي له»: أنه إذا شرط الولاية لنفسه.. يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً؛ لأن شروط الواقف تراعى ومن ضرورته سقوط التسليم.

ثم وجه أبي يوسف: أن المتولي إنما يستفيد الولاية [٧٦٥/أ] من جهته بشرط له، فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه، ولأنه أقرب الناس إلى الواقف،

فكان أولى بولايته؛ كمن أعتق عبداً.. كان الولاء له، وكمن اتخذ مسجداً.. كان أولى بعمارته ونصب الإمام والمؤذن؛ لأنه أقرب الناس إليه على ما ذكره الإسكاف.

وقال أبو نصر: نصب الإمام والمؤذن على أهل المحلّة.

ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف.. فللقاضي أن يخرجه نظراً للفقراء، كما أن له أن يخرج الوصي نظراً للصغار؛ لأنه إذا كان غير مأمون.. لا يلتفت إلى شرطه؛ لأنه شرط يخالف لحكم الشرع.. فيبطل.

وصرّح بأن ما يخرج به الناظر: ما إذا ظهر به فسق؛ كشرب خمر ونحوه. كذا في «فتح القدير».

أما جعلها لأمّهات أولاده أو مدبريه ما داموا أحياء.. فاختلف فيه؛ فمنهم: من جعله خلافياً بين أبي يوسف ومحمد، كما جعلها لنفسه، وصحّحه صاحب «الهداية».

وقيل: جعل الغلة لأمّهات أولاده أو مدبريه صحيح بالاتفاق، واختاره في «فتاوى قاضي خان» و«المحيط» و«الذخيرة» و«التتمة» و«المبسوط».

وفي «فتح القدير»: وهو الأصح.

والمصنف اختار ما صحّحه صاحب «الهداية».

وأما شرط الاستبدال.. فهو أن يشترط الوقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك أو يبيع ويشتري بثمنها أرضاً أخرى؛ فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

فقال أبو يوسف وهلال - وهو قول الخصاف -: الوقف والشرط جائزان.

وقال محمد وأبو يوسف بن خالد السمني: الوقف صحيح والشرط باطل.

وقال بعضهم: كلاهما فاسدان.

وفي «قاضي خان»: والصحيح: قول أبي يوسف؛ لأن هذا شرط لا يبطل حكم الوقف؛ فإن الوقف مما يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى، وتكون الثانية

قائمة مقام الأولى؛ فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة.. يضمن قيمتها ويشتري بقيمتها أرضاً أخرى فتكون الثانية وقفاً على وجه الأولى، وكذلك أرض الوقف إذا قلّ نزلها لآفة وصارت بحيث لا تقبل الزراعة، ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى.. فصح شرط ولاية الاستبدال.

وإن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى [٧٦٥/ب] الاستبدال، يعني أن الشرط المذكور لما لم يكن مخالفاً لحكم الوقف وهو التأبيد.. لم يكن فاسداً، بل هو تأبيد للوقف؛ لأنه إثبات وقف آخر بدل الأول كما في الصورتين المذكورتين.

ثم قال في «قاضي خان»: أجمعوا أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف.. يصح الشرط والوقف، ويملك الاستبدال.

أما بدون الشرط.. أشار في «السير» إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك.

ولا يخفى عليك أن هذا الإجماع مخالف لما نقله أولاً من الاختلاف على ثلاثة أقوال، والتوفيق على ما ذكره في «فتح القدير»: أن محل الإجماع: كون الاستبدال للواقف بنفسه: إذا شرطه لنفسه، وللقاضي: فيما إذا لم يشترطه لنفسه.

ومحلّ الخلاف: هو أصل الاستبدال.

أقول: كيف يتصور هذا الإجماع بعد الخلاف في أصل الاستبدال؟

بقي ههنا شبهة، وهي: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف.. فهو جائز أيضاً للواقف، وفي «فتح القدير»: ينبغي أن لا يختلف في جوازه، فما معنى ما في «السير» من أنه إذا لم يشترط الاستبدال لا يملكه إلّا القاضي.. فالجواب عنها: أن الاستبدال؛ أما عن شرط الواقف أو لا عن شرطه.. فحينئذ؛ أما إن يكون لضرورة كما في الصورتين المذكورتين، أو لا لضرورة، بل يستبدله لما هو خير منه مع كونه منتفعاً

به، وهذا القسم الثالث هو محمل ما في «السير» على ما صرح به في «فتح القدير»؛ لأنه إذا لم يشترط الاستبدال ولم يكن فيه ضرورة.. فينبغي أن لا يجوز الاستبدال بمجرد زيادة أخرى؛ إذ لا موجب للاستبدال هنا؛ لأن الموجب في الأول: هو الشرط، وفي الثاني: هو الضرورة ولم يوجد شيء منهما في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه، بل الواجب إبقاؤه كما كان.

بخلاف القاضي؛ فإنه إذا رأى في الاستبدال مصلحة.. يجوز له الاستبدال؛ لأن ولايته عامّة.

هذا ما ذكره في «فتح القدير»، وفيه بحث؛ لأن الظاهر منه: أنّ للواقف أن يستبدل بلا شرط الاستبدال فيما مسته الضرورة كما في الصورتين المذكورتين في «قاضي خان»، وهو مخالف لما ذكره في «قاضي خان» بعد أسطر، قال: ولو كان الوقف مرسلاً ولم يذكر فيه شرط الاستبدال.. لم يكن له أن يبيعها ويستبدل بها، وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها؛ لأن سبيل [٧٦٦/أ] الوقف أن يكون مؤبداً لا يباع، وإنما يثبت ولاية الاستبدال بالشرط، فبدون الشرط.. لا يثبت. انتهى.

ويمكن أن يقال: إن المراد بما ذكره «قاضي خان» أولاً في الصّورتين: أنه يجوز للواقف الاستبدال بإذن القاضي، وإن لم يشترط الاستبدال لنفسه كما في الصورتين، وبما ذكره ههنا عدم الجواز بدون إذن القاضي، أو يحمل ما ذكره أوّلاً على ما قل نزلها بآفة، وما ذكره ههنا: على ما كانت سبخة حين وقف، وبهذا يحصل التوفيق بين كلامي «قاضي خان»، ويبقى البحث على ما في «فتح القدير».

هذا، ثم الواقف إذا استبد له مرّة.. فهل له أن يستبدله مرة أخرى؟ قالوا ليس له ذلك؛ لأن هذا حكم ثبت بالشرط، والشرط انتهى بمرة، إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً.

وكذا ليس للقيم الاستبدال، إلا أن ينص له ذلك، ولو قيّد بشرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف.. ليس له أن يستبدل بعد موته.

وصحَّ وقفُ الْعَقَارِ.

ولو قال: على أن أبيعها بقليل أو كثير، أو على أن أبيعها وأشتري بثمنها عبداً.. نص هلال على فساد هذا الوقف؛ كأنه قال: على أن أبطلها؛ لأنه شرط ولاية الإبطال.

ولو قال: على أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضا أخرى.. جاز استحساناً.

وليس له أن يجعل البدل داراً، وكذا العكس.

ولو قال: بأرض من البصرة.. ليس له أن يستبدل من غير البصرة؛ لأن الأماكن فيه تختلف بجودة الأرض.

وفي «فتح القدير»: وينبغي إن كانت أحسن: أن يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير.

ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئاً.. استبدل ما شاء من العقار خاصة، ثم إذا اشترى الأرض الثانية أو الدار.. تصير الثانية وقفاً بشرائط الأولى بلا حاجة إلى مباشرة الوقف أصالة في الثانية؛ كالعبد الموصى بخدمة الإنسان إذا قتل خطأ وأخذ قيمته واشترى بها عبداً آخر.. ثبت حق الموصى له في الخدمة فيه من غير تجديد.

وكذا المدبّر إذا قتل خطأ وأخذ المولى قيمته.. يؤمر أن يشتري عبداً آخر فيدبره وينتقل حكمه الأول إلى بدله، كذلك ههنا.

(وصح وقف العقار) بالاتفاق؛ لأن جمعاً من الصّحابة أوقفوه، والعقار: هو الأرض مبنية كانت أو غير مبنية.

ويدخل البناء في وقف الأرض تبعاً لها، فيكون وقفاً معها [٧٦٦/ب].

وفي دخول الشجر في وقف الأرض روايتان، على ما صرّح به في «الخلاصة»، وذكر في «قاضي خان»: تدخل الأشجار والبناء في وقف الأرض كما يدخل في البيع، ولم يفرق بين الأشجار والبناء.

ويدخل الشرب والطريق استحسانا؛ لأن الأرض لا توقف إلّا للاستغلال، وذلك لا يكون إلا بالماء والطريق.. فيدخلان في الوقف كما في الإجارة.

وَكَذَا الْمَنْقُولِ الْمُتَعَارِفِ وَقْفَهُ عِنْدَ محمَّدٍ؛ كالفأْسِ، والمَرِّ، والقَدُّومِ، والمِنشَارِ، والجنازَةِ، وثِيابِها، والقُدورِ، والمَراجِلِ، ....

وكذا يدخل مسيل الماء على ما في «الخلاصة»، والوجه: ما ذكر.

ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف؛ سواء كانت مما تؤكل أو لا تؤكل؛ كالورد والرياحين.

ولو قال: وقفتها صدقة موقوفة بحقوقها وجميع ما فيها ومنها.. قال هلال: في القياس: يكون الثمر للواقف ولا يدخل في الوقف، ولكن في الاستحسان: يلزمه التصدق بها على وجه النذر؛ لأنه لما قال.. صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها.. فقد تكلم بما يوجب التصدق، ولا يدخل الزرع فيها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة، كذا في «فتح القدير».

وفي «الخلاصة»: وقف أرضاً وفيها زرع.. لا يدخل الزرع في الوقف، كما لو وقف ضيعة فيها الثيران والعبيد ولم يذكر الثيران والعبيد في الوقف، قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن لم يكن للزرع قيمة يوم الوقف.. دخل، وإلا.. فلا، ما لم يذكره. (وكذا) صح وقف (**المنقول المتعارف وقفه عند محمد؛ كالفأس**)، وهو: آلة من حديد يقطع بها الأشجار.

(**والمرّ**): آلة من حديد يحفر بها الأرض.

(**والقدوم**): آلة من حديد للنجار.

(**والمنشار**): كذلك.

(**والجنازة**): صندوق يوضع فيه الميت.

(**وثيابها**) أي: ثياب الجنازة.

(**والقِدر**): بكسر القاف معروف.

(**والمراجل**): آلة من حديد يقطع بها النبات والزرع.

والمَصَاحِفِ، والكُتُبِ.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِي وقفِ السِّلَاحِ والكُراعِ وَالْإِبِلِ فِي سَبِيلِ اللهِ. وَبِه يُفْتى.

وَكَذَا يَصِحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَقفُهُ تَبعاً؛ كمن وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقرِها وأَكَرَتِها - وهم عبيدُهُ - وَسَائِرِ آلَاتِ الحراثةِ.

(**والمصاحف والكتب**)، وهو المختار، وقيل: لا يجوز وقف الكتب.

(**وأبو يوسف معه في وقف السلاح والكراع والإبل في سبيل الله، وبه يفتى**).

والقياس: أن لا يجوز وقف هذه الأشياء أصلاً كما هو قول أبي حنيفة؛ لما تقدم: أن التأبيد شرط في الوقف، ولا يتحقق التأبيد في الأشياء، لكنهم جوزوها استحساناً؛ للعرف والآثار المشهورة في هذه الأشياء، وبها يترك القياس.

قال في «القنية»: ولو وقف على أن يشتري بها الخيل والسلاح، فيحمل عليها، ويستعمل السلاح في [٧٦٧/أ] سبيل الله.. جاز ذلك.

فإن كان أمر أن يتصدق بالخيل والسلاح على محتاجي المجاهدين.. جاز التصدق بهم بعين الغلة كالخبز والثياب.

فإن شرط أن يسلّم الخيل والسلاح ليجاهد من غير تمليك ويسترد ممن أحبّ، ثم يدفع إلى من أحب.. جاز الوقف، ويستوي فيه الغني والفقير.

ولا يجوز التصدق بعين الغلة، ولا بالسّلاح، بل يشتري الخيل والسلاح ويبذلها لأهلها على وجهها؛ لأن الوقف وقع للإباحة لا للتمليك.

(**وكذا يصح عند أبي يوسف وقفه**) أي المنقول (**تبعاً**) للعقار، ومحمد معه؛ لأنه لما أجاز أفراد بعض المنقول بالوقف عنده.. فجوازه تبعاً أولى.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ولو تبعاً.

(**كمن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها**) جمع أكار (**وهم: عبيده**) أي: الزراع، (**وسائر آلات الحراثة**)؛ لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، والشيء قد يثبت تبعاً

ولا يثبت قصداً؛ كالشرب في البيع، والبناء في الوقف.. فإنهما يدخلان فيهما تبعاً، ولا بد أن يسمّيهم حين وقف، وإلا.. فلا.

قال في «الخلاصة»: لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكر.. فإنه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف.

ثم لو مرض بعضهم فتعطل عن العمل؛ إن كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرّح بها.. فنفقتهم في الوقف، وإن لم يصرح به في مال الوقف.. فللقيم أن يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر ليعمل؛ كما لو قتل فأخذ ديته.. فعليه أن يشتري بها آخر.

هذا، وهل يصح وقف النقود؟

قلت: إن كان بطريق الوصية أو الإضافة إلى الموت؛ بأن قال: إذا مت.. فقد وقفت ألف درهم من مالي على كذا، ثم مات مصرّا.. يصح بالاتفاق.

وإلا.. فقد اختلفوا فيه؛ فعند زفر: أنه يصح مطلقاً أي: تعارف وقفه أو لا، على ما رواه الأنصاري عنه.

وقد نسب القول بصحة وقف النقود مطلقاً إلى ابن شهاب الزهري أيضاً، على ما نقله محمد بن إسماعيل البخاري في «صحيحه».

ولم ينقل صحة وقف النقود بدون الوصية أو الإضافة إلى الموت عن الأئمة الأربعة أبو حنيفة والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل.

وجعل مولانا شيخ الإسلام أبو السعود: «النقود» مندرجاً تحت لفظ النقود.

وكلمة «ما» الواقعة في كلام محمد وجزم بصحة وقفها بدون الوصية أو الإضافة إلى [٧٦٧/ب] الموت.. فيما يتعارف الناس وقفها.

وحمل ما ذكر في «البزازية» و«القنية» من صحة وقف الدراهم والدنانير بدون التقييد بالتعارف.. على المقيد بقيد التعارف، وقال: لأن القول بجوازه على الإطلاق بدون التعارف.. خارج عن أصول أئمتنا.

فإن قلت: كيف يصح وقف النقود، مع أنه لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، ومن شرط الوقف: الانتفاع به مع بقاء عينه؟

قلت: نزل بقاء أمثالها منزلة بقاء أعيانها، هذا خلاصة ما ذكره مولانا أبو السعود.

واعترض عليه بعض مشايخنا بما حاصله: أن القياس: عدم جواز وقف المنقول مطلقاً؛ لعدم تحقق التأبيد فيه، إلا أن محمداً يقول: إن القياس قد يترك بالتعارف والتعامل؛ كما في الاستصناع، وقد وجد التعامل في الأشياء المذكورة؛ أعني: الفأس والمر إلى آخره، فترك القياس فيها، وحكم بصحة وقفها، ولم يوجد في النقود تعامل يترك في القياس؛ لأن المراد بالتعامل الذي يترك به القياس ويخص به الأثر: هو التعامل العام الذي وجد في زمن المجتهدين، لا مطلق التعامل، ولا الخاص ببعض البلد، والتعامل الذي وجد في وقف النقود: هو التعامل الخاص ببعض البلد بعد زمن الإجماع، فلا يترك به القياس، فبقي وقف النقود على القياس، وهو عدم الجواز.

وما ذكر في «الفتاوى العتابية» وغيرها من صحة وقف النقود عند التعارف.. محمول على اختيار بعض المشايخ قول زفر من صحة وقف النقود عند التعارف.

وقد صرحوا في كتاب الإجارة في مسألة نسج الغزل بنصف المنسوج: عدم جواز ترك القياس بالعرف الخاص، أو يحمل على طريق الوصية.

فإن قلت: إن التعارف الخاص وإن لم يصلح أن يكون دليلاً شرعياً مستقلاً يترك به القياس.. لكن يجوز أن يعتبر للإلحاق بالتعامل الكلي الراجع إلى الإجماع؛

وَإِذا صَحَّ الْوَقْفُ فَلَا يُمْلَكُ وَلَا يُمَلَّكُ، إِلَّا أَنَّهُ يجوزُ قِسْمَةُ الْمشَاعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

كاعتبارهم إياه في إلحاق وقف الكتب بالمصاحف، وإلحاق وقف البقرة بالمنشار في موضع التعارف الخاص بوقفهما.

أجاب عنه المعترض: بأن شرط الإلحاق المساواة بين الملحق والملحق به في العلة، والكتب مساو للمصحف في الحاجة إليه، وكذا البقرة مساو للمنشار فيها من كلّ وجه، بخلاف النقود.. فإنها لا تساوي إلا هذا أعني سائر المنقولات من كل وجه، ولو عند [٧٦٨/أ] التعارف؛ لأن الأصل: أعيان باقية لها منافع عند بقائها، فيتصدق عليها بعريف الوقف، بخلاف النقود؛ إذ لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها.

(وإذا صح الوقف) أي لزم وخرج عن ملك الواقف؛ بالقضاء على قول أبي حنيفة، وبمجرد القول على قول أبي يوسف، وبالقول والتسليم إلى المتولي على قول محمد (.. **فلا يُمْلَكُ**) أي لا يدخل في ملك أحد من الموقوف عليه؛ لأنه لو دخل في ملكه.. لجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه، وانتقل إلى ورثته بعد موته، وليس كذلك بالاتفاق.

(ولا يُمَلَّكُ) من التمليك بالبيع أو الهبة أو غيرهما؛ لقوله ﷺ: «تصدق بأصلها، لا يباع ولا يوهب».

(إلّا أنه يجوز قسمة المشاع) أي إقراره عن الملك **(عند أبي يوسف)**، ومحمد معه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز القسمة، بل يتهايؤون. له: أن القسمة في المشاع بعد صحة الوقف بحكم القاضي: مبادلة في غير المثليات، وذا لا يجوز في الوقف.

ولهما: أن القسمة تمييز وإفراز، لا بيع وتمليك، فيجوز، غاية الأمر: أن في غير المثليات - كالمكيل والموزون - معنى المبادلة غالب، إلّا أنا جعلنا الغالب في الوقف معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن تمليكاً.

وَيبدأُ مِنِ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بعمارَتِهِ وَإِن لم يشترِطْها الْوَاقِفُ؛ ....

ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك.. فالواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي؛ لأن الولاية للواقف.

وبعد موته إلى وصيه، حتى لو قال: أرضي صدقة موقوفة، فلمّا مرض مرض الموت أوصى إلى رجل وجعله وصياً لنفسه، ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً.. كان ولاية الوقف إلى وصيه، وإذا ذكر أمر الوقف.. فبطريق الأولى.

وأما لو جعل ولاية الوقف إلى غيره في حياته، ثم مات الواقف.. بطلت ولاية المتولي عند أبي يوسف؛ لأنه وكيله لا وصيه، إلا أن يقول: ولاية الوقف إليه حال حياته وبعد وفاته؛ لأنه وصيه بعد موته.

وإن وقف نصف عقار خالص له.. فالذي يقاسم الواقف: هو القاضي أو من أمره القاضي؛ لئلا يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً بالقسمة، أو يبيع نصفه الباقي من رجل، ثم يقاسم معه، ثم يشتري ذلك النصف من المشتري إن أراد.

(**ويبدأ من ارتفاع الوقف**) أي غلّاته (**بعمارته وإن**) وصلية (**لم يشترطها الواقف**)؛ لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة، فثبت شرط العمارة اقتضاء؛ كنفقة [٧٦٨/ب] العبد الموصى بخدمته؛ فإنها على الموصى له وإن لم يشترط؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم بالغنم.

قال في «قاضي خان»: رجل جعل أرضه وقفاً على المساكين وقفاً صحيحاً، ولم يذكر العمارة.. فعمارتها تكون في غلة الأرض يبدأ من الغلة بالعمارة وبما يصلحها، وبخراجها ومؤنتها، ثم يقسم الباقي على المساكين.

فإن كان في الأرض الموقوفة نخل وخاف القيم هلاكها.. كان للقيم أن يشتري من غلّة الوقف فسيلاً فيغرسه كيلا ينقطع، ولو كانت قطعة من هذه الأرض سبخة لا تنبت شيئاً فتحتاج إلى رفع وإصلاح حتى تنبت.. كان للقيم أن يبدأ من جلة غلة الأرض في ذلك ويصلح القطعة.

وإن أراد القيم أن يبني في الأرض الموقوفة قرية لأكرتها وحفاظها ليجمع فيها الغلة.. كان له أن يفعل ذلك.

وكذا لو كان الوقف خاناً على الفقراء واحتاج إلى خادم يكسح الخان ويقوم به ويفتح بابه ويغلقه فيسلِّمَ بعضَ بيوته إلى رجلٍ أجرةً له.. كان له ذلك.

وإن أراد قيم الوقف أن يبني في الأرض الموقوفة بيوتاً يستغلّها بالإجارة.. ليس له ذلك؛ لأن استغلال الأرض بالزرع، إلا أن تكون الأرض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها، وتكون غلّة ذلك فوق غلّة الزرع والنخل.. فحينئذٍ يكون له ذلك؛ لأن الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء، بخلاف ما إذا كانت الأرض الموقوفة بعيداً من بيوت المصر؛ فإن ثمة لا يكون للقيم أن يبني فيها بيوتاً للإيجار؛ لأن ثمة لا يرغب الناس في استئجار البيوت بأجرة تزيد على منفعة الزراعة.

وهل يجوز تأخير العمارة مع وجود الغلة؟

ففي «قاضي خان»: إذا اجتمع من غلّة أرض الوقف في يد القيم شيء، فظهر له وجه من وجوه البرّ، والوقف يحتاج إلى الإصلاح والعمارة أيضاً، ويخاف القيم أنه لو صرف الغلة إلى المرمة يفوته ذلك؛ فإنه ينظر:

إن لم يكن في تأخير إصلاح الأرض ومرمته إلى الغلة الثانية ضرر بيّن يخاف خراب الوقف.. فإنه يصرف الغلة إلى ذلك البر، ويؤخر المرمّة إلى الغلة الثانية.

وإن كان في تأخير المرمة ضرر بيّن.. فإنه يصرف الغلة إلى المرمة؛ فإن فضل شيء من ذلك.. يصرف على ذلك البر.

والمراد من وجه البرّ ههنا: وجه فيه تصدق بالغلة [٧٦٩/أ] على نوع من الفقراء نحو: فك أسارى المسلمين، أو إعانة الغازي المنقطع؛ لأن هؤلاء من أهل التصدق عليهم، فجاز صرف الغلّة إليهم.

فأمّا عمارة مسجد أو رباط أو نحو ذلك ممّا هو ليس بأهل للتمليك.. لا يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك، فلا يصح إلّا ممن هو أهل التمليك. انتهى.

وهل يجوز للمتولي الاستدانة للعمارة إذا لم يكن فيه غلّة؟

ففي «قاضي خان» أيضاً: قيم الوقف إذا طلب منه الخراج والجباية، وليس في يده من غلة الوقف شيء، قال الفقيه أبو الليث القاسم: إن كان الواقف أمر بالاستدانة.. كان له أن يستدين، وإن لم يأمره بالاستدانة فاستدان.. كان ذلك من ماله، ولا يرجع في غلّة الوقف.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا استقبله أمر ولم يجد بداً من الاستدانة.. ينبغي أن يستدين بأمر الحاكم، ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي ولاية الاستدانة على الوقف.

وذكر الناطفي: إذا أراد القيم أن يستدين ليجعل ذلك في ثمن البذر للزراعة في أرض الوقف؛ إن فعل ذلك بأمر القاضي.. كان له ذلك عند الكل؛ لأن القاضي يملك الاستدانة؛ فإذا أمر القيم بذلك.. صح أمره؛ أما القيم.. فلا يملك الاستدانة.

قال: وتفسير الاستدانة على الوقف: أن يشتري للوقف شيئاً، وليس في يده شيء من غلات الوقف، فاشترى للوقف شيئاً ونقد الثمن من مال نفسه.. ينبغي أن يكون له أن يرجع بذلك في غلة الوقف، وإن لم يكن ذلك بأمر القاضي كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه.. كان له أن يرجع بذلك على الموكل.

ثم ذكر في «قاضي خان»: حوانيت مال بعضها على بعض، والأول منها وقف، والباقي ملك، والمتولي لا يعمر الوقف؟! قال الفقيه أبو القاسم: إن كان للوقف غلة.. كان لأصحاب الحوانيت التي هي ملك أن يأخذوا القيم ليسوي الحائط المائل من غلة الوقف، وإن لم يكن غلة في يد القيم.. رفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر القاضي القيم بالاستدانة على الوقف في إصلاح الوقف.

وليس للقيم أن يستدين بغير أمر القاضي.

وتفسير الاستدانة: أن لا يكون للوقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة؛ أما إذا كان للوقف غلة وأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف.. كان له أن يرجع [٧٦٩/ب] بذلك في غلة الوقف. انتهى.

فظهر منه: أن استدانة المتولي للوقف لا بد وأن يكون بأمر الواقف أو بأمر القاضي، وإلا.. فلا يرجع على الوقف بشيء مما استدانه للوقف.

وأما لو أنفق على الوقف من مال نفسه بلا أمر واحد من الواقف أو القاضي، وفي الوقف غلة.. فإنه يرجع به على الوقف ما لم يتبرع على الوقف؛ لأنه ليس باستدانة على الوقف، فلا يحتاج فيه إلى أمر القاضي أو الواقف؛ لأن الاستدانة لا تكون إلا عند الضرورة؛ لعدم الغلة، قال في «الذخيرة»: إذا احتاج الوقف إلى العمارة، وليس في يد القيم ما يعمرها.. فليس له أن يستدين على الوقف؛ لأن الدين لا يجب إلا في الذمة، وليس للوقف ذمة، والفقراء وإن كانت لهم ذمة.. إلا أنهم لكثرتهم لا يتصور مطالبتهم، فما استدانه القيم ليس إلا عليه، ولا يرجع به على الوقف.

وأجاب عنه الفقيه أبو جعفر: بأن القياس هذا، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة؛ نحو: أن يحتاج الوقف إلى العمارة والإصلاح وليس فيه غلة، فيستدين بأمر القاضي، أو طالبه السلطان بالخراج وليس فيه غلة؛ فإنه يستدين له.

هذا في الاستدانة لعمارة الوقف وإصلاحه، وهل يستدين للإمام والخطيب والمؤذن؟

ففي «البحر»: أنه يستدين لهم؛ لكونهم من مصالح المسجد، ويدل عليه ما ذكره في «جامع الفصولين»: الاستدانة لضرورة مصالح الوقف تجوز بأمر الواقف أو

إِن وُقِفَ على الْفُقَرَاءِ.

وَإِن على مُعَيَّنٍ.. فَعَلَيهِ.

القاضي، وهل يستدين للحصير والزيت؟ فعلى أنها من المصالح: يستدين، وإلا.. فلا، ففي «البحر»: أن الراجح أنهما من مصالح المسجد، فيستدين بإذن القاضي.

والمدرس من مصالح المدرسة على ما في «الحاوي».

وهل يجوز للمتولي صرف شيء من مال الوقف إلى كتبة الفتوى ومحاضر الدعوى لاستخلاص الوقف؟

ففي «البحر»: أنه يجوز له ذلك.

وهكذا في «القنية» أيضاً.

وهل له الإسراج؟

ففي «القنية»: وإسراج السرج الكبيرة في السكك والأسواق ليلة البراءة بدعة، وكذا في المساجد، ويضمن القيم إذا أسرف في السرج في رمضان وليلة القدر.

ويجوز الإسراج على باب المسجد في السكة أو السوق.

ولو اشترى من مال المسجد شمعاً في رمضان.. يضمن إذا لم ينصّ الواقف عليه.

(**إن وقف على الفقراء**)؛ لأنه لا يظفر بهم لكثرتهم ولعسرهم، وأقرب أموالهم هذه الغلة، فيجب فيها.

(**وإن على معين**) [٧٧٠/أ] وآخره للفقراء؛ تحقيقاً للتأبيد، وإلا.. فلا يكون وقفاً، بل ينتقل إلى ملك الواقف بعد موت المعين على ما مر.

(**.. فعليه**) أي فعمارة الوقف في ماله أي مال شاء في حال حياته.

ولا يجب الأخذ من الغلة؛ لأنه معين يمكن مطالبته فيطالب بعمارته، لكنه إنما يطالب بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه، وأما الزيادة على تلك الصّفة..

فَإِنِ امْتنع أَو كَانَ فَقِيراً.. آجرَهُ الْحَاكِمُ وعمَّره مِن أُجرَتِهِ، ثمَّ ردَّهُ إِلَيْهِ.

وَنَقضُ الْوَقْفِ يُصرَفُ إِلَى عِمَارَتِهِ إِنِ احْتَاجَ.

وإِلَّا.. حُفِظَ إِلَى وَقتِ الْحَاجةِ.

وَإِن تعذَّرَ صرفُ عَينِهِ.. يُبَاعُ وَيُصرَفُ ثمنُهُ إِلَيْهَا، وَلَا يُقسَمُ بَينَ مُستحقِّي الْوَقْفِ.

فليست بمستحقة له للعمارة، والغلة مستحقة له، فلا يجوز صرفها على شيء آخر إلّا برضاه.

(**فإن امتنع**) ذلك المعين عن العمارة (**أو كان فقيراً.. آجره الحاكم وعمرهُ من أجرته، ثم رده إليه**) أي إلى المعين الموقوف عليه؛ تحصيلاً لمقصود الواقف.

وهل يجوز إجارة الموقوف عليه؟ قالوا: لا يجوز، وإنما يؤجره المتولي أو القاضي.

(**ونقض الوقف يصرف إلى عمارته إن احتاج**)؛ تحقيقاً للتأبيد، وتحصيلاً للمقصود.

(**وإلا.. حفظ إلى وقت الحاجة**) حتى لا يتعذر عليه العمارة وقت الحاجة إليها.

(**وإن تعذر صرف عينه**) أي عين النقض (.. **يباع ويصرف ثمنه إليها**) أي: إلى العمارة، (**ولا يقسم**) أي النقض (**بين مستحقي الوقف**)؛ لأنه جزء من الوقف، ولا حَقّ للموقوف عليهم في عين الوقف، وإنما حقّهم في المنافع، والعين حق الله تعالى، ولا يصرف إليهم غير حقّهم.

* * *

(فَصْلٌ)

إِذا بنى مَسْجِداً.. لَا يَزُولُ ملكُهُ عَنهُ حَتَّى يُفرزَهُ عَن مِلكِهِ بطريقِهِ، وَيَأْذَنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، وَيُصلِّيَ فِيهِ وَاحِدٌ.

وَفِي رِوَايَة: شُرِطَ صَلَاةُ جمَاعَةٍ.

(فَصْلٌ)
في أَحْكَامِ المَسْجِدِ

فصله عما قبله لمخالفة أحكامه لما قبله على ما سيظهر لك.

(**إذا بنى مسجداً.. لا يزول ملكه عنه حتى:**

يفرزه عن ملكه بطريقه)؛ لأنه لم يخلص لله تعالى إلّا به.

(**ويأذن بالصّلاة فيه**)؛ لأنه لا بد من التسليم، وذلك لا يكون إلّا بالصلاة فيه.

(**ويصلي فيه واحد**)؛ أي: يكتفى بصلاة واحد عند أبي حنيفة ومحمّد؛ لأن فعل الجنس متعذر، فشرط أدناه.

وفي «قاضي خان»: قالوا: إذا صلّى فيه واحد بأذان وإقامة.. تكفي، وفي ظاهر الرواية: لم يذكر هذه الرواية.

(**وفي رواية**) عن أبي حنيفة ومحمد: (**شرط صلاة جماعة**)، فظهر منه: أن عند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم القاضي ولا الإمضاء به على ما هو أصله في سائر الوقف على ما تقدم.

ولا يشترط التسليم إلى المتولي عند محمد؛ كما هو أصله في سائر الوقف، بل يكفي الصلاة فيه بإذنه.

وعند أبي يوسف: لا يشترط التسليم أصلاً، لا في المسجد ولا في غيره، بل يزول ملكه عنه بمجرد قوله: جعلته [٧٧٠/ب] مسجداً؛ لأنه إسقاط كالإعتاق، فيصير خالصاً لله بسقوط حق العبد.

وفي «قاضي خان»: والصحيح من الروايتين: رواية اشتراط صلاة جماعة؛ لأن قبض كل شيء وتسليمه يكون بحسب ما يليق به، وذلك في المسجد بأداء الصّلاة بالجماعة.

أما الواحد: فيصلي في كل مكان، ثم على الرواية التي لا تشترط أداء الصلاة بالجماعة؛ إذا بنى مسجداً وصلَّى هو وحده فيه، هل يصير مسجداً؟

اختلفوا فيه: قال بعضهم: يصير مسجداً؛ لأن محمّداً ذكر على قول أبي حنيفة لا يصير مسجداً حتى يُصلَّى فيه، وقوله: يُصلَّى: فعل ما لم يسم فاعله.. فيدخل فيه الباني وغيره.

وقال بعضهم: صلاة الباني.. لا تكفي، وهو الصحيح؛ لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض على العامة، وقبضه لا يكفي، فكذا صلاته.

ولو بنى مسجداً وسلم إلى المتولي، هل يصير مسجداً قبل أداء الصلاة؟

لا رواية فيه عن أصحابنا، واختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يصير مسجداً ويتم كما يتم سائر الأوقاف بالتسليم إلى المتولي.

وقال بعضهم: لا يصير مسجداً بالتسليم إلى المتولي ما لم يصلّ فيه، وهو اختيار الإمام السرخسي؛ لأن قبض كل شيء بما يليق به.

ثم ذكر وقال: رجل له ساحة ولا بناء فيها، أمر قوماً أن يصلّوا فيها جماعة، قالوا: إن أمرهم بالصلاة أبداً، أو أمرهم بالصلاة فيها بالجماعة ولم يذكر الأبد إلّا أنه أراد الأبد، ثم مات.. لا يكون ميراثاً عنه.

وإن أمر بالصلاة فيها شهراً أو سنة، ثم مات.. يكون ميراثاً عنه؛ لأنه لا بد من التأبيد، والتوقيت ينافي التأبيد. انتهى.

والذي ظهر من قوله: «إلا أنه أراد الأبد»: أنه لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق، إلا إذا اعترف الورثة بأنه أراد الأبد؛ فإن نيته لا تعلم، فلا يحكم عليهم بمنع إرثهم ما لم يثبت.

وفي «قاضي خان»: المسجد إذا خرب أو استغنى عنه أهل القرية فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

في «الخلاصة» إذا خربت القرية التي فيها المسجد، وجعلت مزارع وخرب المسجد، ولا يصلي فيه أحد.. فلا بأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه، وهو قول محمد.

وعند أبي يوسف: لا يعود إلى ملك الباني، ولا إلى ورثته، وهو مسجداً أبداً، بناءً على أن إقامة الصلاة في المسجد ليست بشرط؛ لصيرورته مسجداً عند أبي يوسف، فلا يكون شرطاً لبقائه مسجداً، وعندهما: شرط.

وإن لم يعرف بانٍ للمسجد وبنى أهل المسجد مسجداً، ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في حقّ [٧٧١/أ] المسجد الآخر.. لا بأس به؛ أما إذا عرف بانيه.. فليس لهم أن يبيعوه، وإنما يعود إلى ملك الباني.

ولو علّق قنديلاً، أو بسط حصيراً أو بواري في المسجد، ثم خرب المسجد واستغنى عنه.. عادت هذه الأشياء إلى ملك صاحبه.

والصحيح من مذهب أبي يوسف: أنها لا تعود، بل تحول إلى مسجد آخر، أو يبيعها قيم المسجد لأجل المسجد.

وقال محمد في الفرس: إذا جعله حبيساً في سبيل الله، فصار بحيث لا يستطاع أن يركب.. يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته؛ كما في المسجد.

وإن لم يعلم صاحبه، ولا ورثته.. يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى أمر الحاكم.

وَلَا يضرُّ جعلُهُ تَحْتَهُ سِرداباً لمصالِحِهِ.

فإِن جَعَلَهُ لغيرِ مَصَالِحِهِ، أَو جعلَ فَوْقَهُ بَيْتاً وَجعل بَابَهُ إِلَى الطَّرِيقِ وعزَلَهُ، أَوِ اتَّخذَ وَسطَ دَارِهِ مَسْجِداً وَأَذِنَ بِالصَّلَاةِ فِيهِ.. لَا يَزُولُ مِلكُهُ عَنهُ، وَله بَيْعُهُ ويُورَثُ عنه،

ولو فعل جنازةً وملاءةً ومغتسلاً وقفاً في محلة فمات أهلها كلّهم.. لا ترد إلى الورثة، بل تحمل إلى مكان آخر أقرب إلى هذه المحلة، فلو صحّ هذا عن محمّد.. فهذا رواية في الحصير والبواري أنها لا تعود إلى الوارث. الكل في «الخلاصة».

وذكر فيها أيضاً قبل هذا: مسجد له أوقاف مختلفة، لا بأس للقيم أن يخلط غلتها؛ فإن خرب حانوت منها.. لا بأس بعمارته من غلّة حانوت آخر؛ سواء كان الواقف واحداً أو مختلفاً.

أما جوازه إذا كان الواقف واحداً.. فلأن الكل للمسجد.

وأما إذا كان مختلفاً.. فلأن المعنى يجمعها هكذا علّله في «الولوالجية».

(**ولا يضر جعله**) أي: جعل الواقف (**تحته**) أي: تحت المسجد (**سرداباً**) - هو بكسر السين: بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره - (**لمصالحه**)؛ أي: لمصالح المسجد.

(**فإن جعله لغير مصالحه، أو جعل فوقه بيتاً وجعل بابه**) أي: باب المسجد (**إلى الطريق وعزله**) أي: عن ملكه، (**أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن بالصلاة فيه.. لا يزول ملكه عنه**)؛ أي: لا يكون مسجداً في ظاهر الرواية.

(**وله بيعه، ويورث عنه**)؛ لأنه لم يخلص لله تعالى؛ لبقاء حق العبد متعلقاً به.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكناً.. فهو مسجد؛ لأن المسجد مما يتأبد، وذلك يتحقق في السفل دون العلو.

وعن محمد: على عكس هذا؛ لأن المسجد معظم، وإذا كان فوقه مسكن، أو مستغل.. يتعذر تعظيمه.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِمُجَرَّدِ القَوْلِ مُطلقاً.

وَلَو ضَاقَ الْمَسْجِدُ وبجَنْبِهِ طَرِيقُ الْعَامَّةِ.. يُوَسَّعُ مِنْهُ، وَبِالْعَكْسِ.

رِبَاطٌ اسْتُغنِيَ عَنهُ.. يُصرَفُ وَقفُهُ إِلَى أقربِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ.

(**وعند أبي يوسف: يزول**) عن (**ملكه بمجرد القول**)؛ أي: بقوله: جعلته مسجداً (**مطلقاً**)؛ أي: صلى فيه، أو لم يصلّ على ما تقدم من أصله في سائر الأوقاف.

(**ولو ضاق المسجد**)؛ أي: عن أهله، (**وبجنبه طريق** [٧٧١/ب] **العامّة.. يوسّع منه**).

قال في «الخلاصة»: أرض وقف على مسجد، والأرض بجنب ذلك المسجد، وأرادوا أن يزيدوا في المسجد شيئاً من هذه الأرض.. جاز، لكن يرفعون الأمر إلى القاضي ليأذن لهم، ومستغل الوقف كالدار والحانوت على هذا.

ولو كان بجنب المسجد أرض رجل وضاق المسجد على الناس.. تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً.

مسجد ضاق عن أهله وبجنبه طريق العامة.. لا بأس بأن يلحق بالمسجد من الطريق.

وفي «فتاوى» القاضي الإمام: قوم بنوا مسجداً واحتاجوا إلى مكان ينتفع به المسجد، فأخذوا من الطريق وأدخلوه في المسجد؛ إن كان يضر بأصحاب الطريق.. لا يجوز، وإلا.. فلا بأس به.

وإن أراد أهل المحلّة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم، وذلك لا يضر بالطريق.. لا يكون لهم ذلك.

(**وبالعكس**)؛ أي: يجعل شيئاً من المسجد طريقاً للعامّة إن احتاج إليه؛ لأن الطريق للعامّة، والمسجد لهم أيضاً.

(**رباط استغني عنه.. يصرف وقفه إلى أقرب رباط إليه**)، قد ذكرنا عن «الخلاصة» بعض ما يتعلّق بهذه المسألة.

وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ.

وقال في «قاضي خان»: رباط على بابه قنطرة على نهر عظيم، خربت القنطرة، ولا يمكن الوصول إلى الرباط إلا بمجاوزة النهر، وبدون القنطرة لا يمكن المجاوزة، هل يجوز عمارة القنطرة بغلة الرباط؟

قال الفقيه أبو جعفر: إن كان الواقف وقف على مصالح الرباط.. لا بأس به، وإلّا.. فلا؛ لأن الرباط للعامة والقنطرة كذلك، فهو كطريق بجنب المسجد، وضاق على أهل المسجد مسجدهم؛ فإن الطريق يلحق المسجد. كذا هو.

متولي الرباط إذا صرف فضل غلة الرباط في حاجة نفسه قرضاً.. قال الفقيه أبو جعفر: لا ينبغي له أن يفعل، ولو فعل، ثم أنفق في الرباط.. رجوت أن يبرأ، وإن أقرض ليكون أحرز من الإمساك عنده.. قال: رجوت أن يكون واسعاً له ذلك.

رباط استغنى عنه المارَّة، وبقربه رباط آخر، قال الفقيه أبو جعفر: غلة الرباط الأول تصرف على الرباط الثاني، وإن لم يكن بقربه رباط.. يعود الوقف إلى ورثة من بنى الرباط.

رباط في طريق بعيد، استغنى عنه المارة، وبجنبه رباط آخر.. قال السيد الإمام أبو شجاع: تصرف غلته على الرباط الثاني؛ كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي [٧٧٢/أ] فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر.. جاز.

وقال بعضهم: إذا خرب الرباط والمسجد واستغنى الناس عنهما.. يصيران ميراثاً.

وكذلك حوض العامّة إذا خربت.

(والوقف في المرض وصية)؛ لأنه تبرّع فيعتبر بسائر التبرعات.

وذكر في «قاضي خان» نقلاً عن محمد بن الفضل: إن الوقف على ثلاثة أوجه:

أما إن يكون في الصحة، أو في المرض، أو وقف بعد الموت.

فما كان في الصحة: فالقبض والإفراز يكون شرطاً لصحته كالهبة.

وما كان بعد الموت: فالقبض والإفراز ليس بشرط لصحته؛ لأنه وصية إلا أنه يعتبر من الثلث؛ لكونه وصية.

وما كان في حالة المرض: فحكمه حكم الوقف في الصحة، وإن كان يعتبر من الثلث؛ لكونه وصية؛ كالهبة في المرض، فيعتبر فيه القبض والإفراز.

وذكر الطحاوي: أن الوقف المنفذ في المرض كالمضاف إلى ما بعد الموت؛ لأن تصرف المريض مرض الموت بمنزلة المضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من الثلث.

وذكر الإمام السّرخسي: الصحيح: أن وقف المريض مرض الموت بمنزلة المباشرة في الصحة، حتى لا يمنع الإرث في قول أبي حنيفة، ولا يتعلق به اللزوم كالعارية، إلا أن يقول: في حياتي وبعد وفاتي.. فحينئذٍ يكون لازماً.

مريض وقف داراً في مرض موته.. فهو جائز إذا كان يخرج من ثلث ماله، وإن لم يخرج فأجازت الورثة.. فكذلك، وإن لم يجيزوا.. بطل فيما زاد على الثلث، وإن أجاز البعض دون البعض.. جاز بقدر ما أجازوا وبطل الباقي، إلا أن يظهر للميت مال غير ذلك فينفذ الوقف في الكل، وهل تعتبر إجازتهم في حياة الواقف؟

قالوا: لا تعتبر.

ففي «قاضي خان» من فصل من تجوز وصيته ومن لا تجوز وصيته: ولا تجوز الوصية للوارث عندنا، إلا أن يجيزها الورثة، ولو أوصى لوارثه وأجنبي.. صح في حصة الأجنبي وتتوقف في حصّة الوارث على إجازة الورثة؛ فإن أجازوه.. جاز، وإلّا.. بطل، ولا تعتبر إجازتهم في حياة الموصي، حتى كان لهم الرجوع بعد ذلك.

وَيُتَّبعُ شَرطُ الْوَاقِفِ فِي إِجَارَةِ الْوَقْفِ إِن وُجِدَ، وإِلَّا فيَخْتَارُ: أَن لَا يؤَجَّرَ الضِّيَاعُ أَكثرَ مِن ثَلَاثِ سِنِينَ، وَلَا غَيرُهَا أَكثرَ مِن سَنَةٍ.

ثم قال بعد ورقة: رجل أوصى بجميع ماله للفقراء، أو لرجل بعينه.. لا يجوز ذلك إلّا من الثلث؛ فإن أجازت الورثة في حياة المورث.. لا تعتبر إجازتهم، وكان لهم الرجوع، وإن أجازوا بعد موته.. صحت الإجازة. انتهى.

وقد وقع لي الإفتاء به.

(ويتبع [٧٧٢/ب] **شرط الواقف في إجارة الوقف إن وجد**) الشرط؛ لأنه يجب اعتبار شرط الواقف؛ لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم، فلا بد من اعتباره.

(**وإلا**) أي: وإن لم يوجد الشرط من الواقف (.. **فيختار أن لا يؤجر الضياع**) أي: الأراضي الموقوفة (**أكثر من ثلاث سنين**)؛ لأن الناس لا ترغب في الضياع أقل من ذلك، وفي الأكثر منه: يخاف أن يتخذ ملكاً بطول المدة باندراس سمة الوقفية.

(**ولا غيرها**)؛ أي: غير الضياع من الدور والحوانيت.

(**أكثر من سنة**) لما ذكرناه.

وقال بعض أصحابنا: لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً.

وقال المتقدمون منهم: يجوز بأيّ مدّة كانت.

قال في «قاضي خان»: إذا لم يذكر الواقف في صك الوقف إجارة الوقف، فرأى القيم أن يؤاجرها ويدفعها مزارعة، فما أدرّ للوقف وأنفع للفقير.. فعل، إلا أن في الدور لا يؤاجرها أكثر من سنة؛ لأن المدّة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف.

أما في الأرض: إن كانت الأرض تزرع في كل سنة.. لا يؤاجرها أكثر من سنة، وإن كانت تزرع في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة.. كان له أن يؤاجرها مدة يتمكن المستأجر فيها الزراعة، هذا إذا لم يكن الواقف بشرط أن يؤاجر أكثر من سنة.

فإن كان شرط ذلك والناس لا يرغبون في استئجارها سنة، وكانت إجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء.. فليس للقيم أن يخالف شرطه ويؤاجرها أكثر من سنة، إلا أنه يرفع إلى القاضي حتى يؤاجرها القاضي أكثر من سنة؛ لأن هذا أنفع للوقف، وللقاضي ولاية النظر للفقراء والغائب والميت.

وإن كان الواقف ذكر في صك الوقف أن لا يؤاجرها أكثر من سنة، إلا إذا كان أنفع للفقراء.. كان للقيم أن لا يؤاجرها بنفسه أكثر من سنة إذا رأى ذلك خيراً، ولا يحتاج إلى المرافعة إلى القاضي؛ لأن الواقف أذن له بذلك.

ولو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين، قال أبو القاسم البلخي: لا يحل إيجار الوقف أكثر من سنة إلا لأمر عارض يحتاج إلى تعجيل الأجرة بحال من الأحوال.

وقال أبو بكر البلخي: أنا لا أقول بفساد هذه الإجارة إذا آجر مدة طويلة، لكن الحاكم ينظر فيه؛ إن كان ضرراً بالوقف.. أبطلها، وهكذا قال الإمام أبو الحسن السعدي.

وعن الفقيه أبي الليث: أنه كان يجيز إجارة الوقف ثلاث سنين من غير فصل بين الدار والأرض؛ إذا لم يكن الواقف شرط أن لا يؤاجر أكثر من ثلاث سنين.

وإن أجر أكثر من ثلاث سنين.. اختلفوا فيه:

قال أكثر مشايخ بلخ: لا يجوز.

وقال غيرهم: يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبطله، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وهل تجوز الإجارة الطويلة في الوقف؟

ففي «البزازية»: ولا تجوز [٧٧٣/أ] الإجارة الطّويلة في الوقف، وإن احتيج إليها.. يعقد عقوداً متفرقة، فيكتبه: استأجر فلان من فلان أرضاً؛ كذا ثلاثين سنة

وَلَا يُؤَجَّرُ إِلَّا بِأَجْرِ الْمِثْلِ.

بثلاثين عقداً، كلّ عقد على سنة بكذا، فيكون العقد الأول لازماً لأنه ناجز والباقي: لا؛ لأنه مضاف. انتهى.

وفي «قاضي خان»: لا بد أن يكون بعض العقود شرطاً في بعض، وإلا.. تكون فاسدة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي: أنّ الإجارة الطويلة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين، وهو الصحيح.

وذكر في وقف الكرماني نقلاً عن «الذخيرة»: أن بعض المشايخ زيّفوا هذه الحيلة؛ أعني: أن يعقد عقوداً متفرقة على ما ذكره في «البزازية»؛ لأن الإجارة الطويلة إنما لم تجز على الوقف كي لا تؤدي إلى إبطال الوقف؛ لأنه إذا طال تصرف المستأجر فيه.. تصرف كالملاك، فمتى أنكر المستأجر الوقف.. يشهد له الناس بالملك في حق هذا المعنى.

لا فرق بين العقود والعقد الواحد. قال أبو جعفر: الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة. انتهى.

(**ولا يؤجر إلّا بأجر المثل**) دفعاً للضرر عن الفقراء، فلو أجر المتولي الوقف بدون أجر المثل.. يلزمه تمام أجر المثل؛ كما أن الأب أو الوصي لو أجر منزل الصغير بدون أجر مثله.. يلزمه تمام أجر مثله؛ إذ ليس لكل منهما ولاية الحفظ على ما في نقد «الفتاوى».

وقال في «قاضي خان»: متولي الوقف أو الوصي إذا أجر مال الصغير أو الوقف بأقل من أجر مثله مما لا يتغابن فيه الناس. قال محمد بن الفضل: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ عند بعض علمائنا، وعليه الفتوى.

قال: وعلى أصول أصحابنا: ينبغي أن يصير الآجر والمستأجر غاصباً.

ثمَّ لَا تُنقَضُ إِن زَادَتِ الْأُجْرَةُ لِكَثْرَةِ الرَّغْبَةِ.

فإنه ذكر في المزارعة: الوكيل يدفع الأرض مزارعة، إذا دفع الأرض مزارعة وشرط لصاحب الأرض شيئاً يسيراً لا يتغابن الناس في مثله.. يصير الوكيل غاصباً، وكذا المدفوع إليه.

إلا أن الخصاف قال: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل؛ إن لم تنقصها الزراعة.. يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وإن نقصتها الزراعة.. ينظر إلى نقصان الأرض وإلى أجر المثل أيهما كان أكثر.. يجب ذلك للوقف والصغير.

(**ثم لا تنقض**) الإجارة التي كانت بأجر المثل (**إن زادت الأجرة لكثرة الرغبة**)؛ لأن العبرة لأجر المثل يوم العقد، لا ما زاد عليه بعده برغبة الناس.

قال في «قاضي خان»: المتولي إذا أجر حمام الوقف من رجل، ثم جاء آخرون وزادوا في أجرة الحمام، قالوا: إن كان حين آجر الحمام من الأول أجره مقدار مثله أو بنقصان [٧٧٣/ب] يسير يتغابن الناس في مثله.. فليس للمتولي أن يخرج الأوّل قبل انقضاء مدّة الإجارة، وإن كانت الإجارة الأولى مما لا يتغابن فيه الناس.. تكون فاسدة، وله أن يؤاجرها إجارة صحيحة؛ إما من الأول أو من غيره بأجر المثل أو بالزيادة على قدر ما يرضى به المستأجر.

وإن كانت الإجارة الأولى بأجر المثل، ثم زاد أجر مثله.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة، وما لم يفسخ.. يكون على المستأجر الأجر المسمّى؛ لصحة الأوّل. كذا ذكره الطحاوي. انتهى.

هكذا ذكره في كتاب الإجارة، ثم ذكر في باب إجارة الوقف من كتاب الوقف، وقال: رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجر مثلها، فلمّا دخلت السنة الثانية.. كثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض، قالوا: ليس للمتولي أن بنقصان الإجارة بنفصان أجر الأرض؛ لأن أجر المثل إنما تعتبر وقت العقد؛ فإذا كان المسمى أجر المثل.. فلا يعتبر التغيير بعد ذلك. انتهى.

فظهر منه: أن المتولي إذا أجر بأجر مثله، ثم زاد.. لا تفسخ الإجارة في مدّتها لمجرّد زيادة بعض الناس تعنتاً.

أما لو أراد أجر مثله باختلاف الزمان وكثرة رغبة الناس.. ففيه روايتان:

ففي رواية الطحاوي: له أن يفسخ ويؤجر بأجر مثله الثاني لمن شاء.

وفي رواية غير الطحاوي: لا يفسخها في مدتها.. فكلام المصنف على هذه الرواية.

ثم ذكر مسألة تبنى على هذه الرواية: رجل استأجر أرضاً موقوفة وبنى فيها حانوتاً، ثم جاء آخر وزاد في غلّة الأرض، وأراد أن يخرج الباني من الحانوت.. ينظر؛ إن كان أجرة المتولي مشاهرة؛ فإذا جاء رأس الشهر.. كان للمتولي أن يفسخ الإجارة؛ لأنها إذا كانت مشاهرة.. يتجدد انعقادها عند رأس كل شهر.

فإذا فسخ الإجارة:

إن كان رفع البناء لا يضر بالأرض.. فلصاحب البناء أن يرفع بناءه.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض.. ليس له أن يرفع البناء.

فبعد ذلك؛ إن رضي المستأجر أن يأخذ قيمة البناء ويترك البناء على المتولي.. كان للمتولي أن يدفع إليه القيمة، ينظر قيمة البناء مبنياً وإلى قيمته منزوعاً، أيهما كان أقل.. يتملكه المتولي بذلك، فيصير البناء وقفاً مع الأرض.

وإن كان رفع البناء يضر بالأرض وأبى المتولي أن يدفع إليه القيمة ويتملك البناء.. لا يجبر المتولي، بل يتربص صاحب البناء إلى أن يتخلص ماله شيئاً فشيئاً فيأخذه. انتهى.

هذا إذا لم ينبه الباني الموقف، وإلا.. فيكون للوقف؛ لما ذكره في «قاضي خان»: رجل بنى في أرض الوقف بناء [٧٧٤/أ]، أو نصب باباً، إن نوى عند البناء أنه يبني للوقف.. يصير وقفاً، وإن لم ينو.. لا يصير وقفاً.

وَلَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَجِّرَ ....

حائط بين دارين إحداهما وقف، فانهدم الحائط، فبناه صاحب الدار في حدّ دار الوقف.. كان للقيم أن يأمره بالنقض؛ فإن أراد القيم أن يعطيه قيمة البناء ليكون البناء للوقف.. لا يكون له أن يجبره على أخذ القيمة، وكذا لو أعطاه قيمة البناء برضاه.. لا يجوز؛ لأنه لو جاز ذلك.. يضيع ما تحت البناء من دار الوقف.

وفي «الفصولين»: لو بنى المستأجر في الوقف بأمر المتولّي على أن يرجع في غلّة الوقف.. فالبناء للوقف ويرجع بما أنفق.

وفيه أيضاً في الفصل الثالث عشر: بنى المستأجر بإذن المتولي، فلمّا مضت المدّة.. زاد في الأجرة للمستقبل، فرضي صاحب السكنى بالزيادة.. فهو أولى.

(وليس للموقوف عليه) - كالإمام والمؤذن والمدرّس - **(أن يؤجر)** الوقف؛ **لأن** حقّهم إنما هو في الغلة لا في التصرف في عين الوقف، وفيه إشارة إلى أنهم لو استأجروا دار الوقف من المتولي.. جاز؛ كذا في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: الموقوف عليه إذا أجر الوقف.. قال الفقيه أبو جعفر: في كلّ موضع يكون كلّ الأجر له بأن لم يكن الوقف محتاجاً إلى العمارة ولم يكن معه شريك في الوقف.. كان له أن يؤاجر الدور والحوانيت.

وإن كان الوقف أرضاً:

إن كان الواقف شرط البداية بالخراج والعشر، وجعل للموقوف، وعليه ما فضل من العمارة والمؤنة.. لم يكن للموقوف عليه أن يؤاجر؛ لأنه لما جازت إجارته.. كان جميع الأجر له بحكم العقد، فيفوت شرط الواقف.

ولو لم يكن للواقف شرط البداءة بما ذكرنا، فأجر الموقوف عليه الأرض، أو جعلها لنفسه.. ينبغي أن يجوز، ويكون الخراج والمؤنة عليه.

وكذا لو كان الموقوف عليهم في أرض الوقف اثنين أو ثلاثة فتهايؤوا، وأخذ كل واحد منهم أرضاً ليزرعها لنفسه.. لا يجوز.

إِلَّا بِإِنابةٍ، أَو وِلَايَةٍ.

وعن أبي يوسف: إن كانت الأرض عشرية.. جازت مهايأتهم، وإن كانت خراجية.. لا تجوز؛ لأن العادة في الأراضي الخراجية الموقفة أنهم يشترطون البداءة بالخراج، فلو جاز فيها التهايؤ.. لم يكن الخراج في الغلة، ويكون في ذمة الموقوف عليه، فكان فيه تغيير شرط الواقف. انتهى.

وذكر في كتاب الإجارات: رجل آجر منزلاً كان والده وقفه على أولاده أبداً ما تناسلوا، فآجره هذا الرجل إجارة طويلة، وأنفق المستأجر في عمارة هذا الوقف بأمر المؤجر.

قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن لم يكن [٧٧٤/ب] للمؤجر ولاية في الوقف بأن لم يكن متوليّاً.. يكون المؤجر غاصباً، وكان له على المستأجر الأجر المسمّى، ويتصدق به، ولا يرجع المستأجر بما أنفق في العمارة على الأجر، ولا على غيره؛ لأنه كان متطوعاً.

وإن كان المؤجر متولياً.. كان على المستأجر الأجر المسمى إن كان ذلك مقدار أجر المثل أو أكثر، ويرجع المستأجر في غلّة الوقف بما أنفق في العمارة. انتهى.

فظهر منه: عدم جواز إيجار الموقوف عليه الوقف؛ سواء كان وقفاً على الأولاد، أو لا.

(**إلّا بإنابة أو ولاية**)؛ أي: التولية.

والمراد بالإنابة: الوكالة المطلقة، لا الدورية؛ لما ذكره في «قاضي خان» حيث قال.. وعن الفقيه أبي جعفر: أنه قال: احتال بعض الناس في زماننا أن يكتب في صك إجارة الوقف: إن الواقف وكلّ فلاناً بإجارة هذه الضيعة من فلان في كلّ سنة، ومتى ما أخرجه من الوكالة.. فهو وكيله، وأراد بذلك بقاء الوقف في يد المستأجر أكثر من سنة.

وَلَا يُعارُ، وَلَا يُرْهَنُ.

قال الفقيه أبو جعفر: إلا أنّا نبطل هذه الوكالة؛ كما نبطل الإجارة الطويلة؛ صيانة للوقف عن البطلان.

ثم في صحة هذه الوكالة الدورية اختلاف ذكره في «قاضي خان».

(ولا يعار) الوقف (ولا يرهن)؛ رعاية لحق الموقوف عليه؛ لأن فيهما إبطال حقه، فلو سكن المرتهن فيه.. يلزمه أجر المثل.

ولو سكن رجل، أو متولي دار الوقف بلا أجر.. قيل: لا شيء على الساكن.

وقيل: عليه أجر المثل، وعليه الفتوى، وكذا منافع مال اليتيم.

وفي «الظهيرية»: إذا أجر القيم دار الوقف من نفسه.. لا يجوز، وكذا لو آجر من عبده، أو مكاتبه.. لا يجوز؛ كما لو أجر من نفسه.

قيل: إنما لا يجوز إجارة القيم من نفسه على قياس الوكيل.

وقيل: ينبغي أن يكون هذا على قياس الوصي إذا باع مال الصبي من نفسه؛ إن كان فيه منفعة للوقف.. يجوز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وإن أجر من أبيه أو من ابنه.. فهو على الاختلاف: عند أبي حنيفة: لا يجوز.

وعندهما: يجوز.

وفي «الخانية» متولي الوقف إذا تقبل أرض الوقف لنفسه من نفسه.. لا يجوز؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد، إلا إذا تقبلها من القاضي لنفسه. فيتم العقد باثنين.

واعلم: أنّ الواحد لا يتولى طرفي العقد من الجانبين إلا في مسائل:

منها: إذا اشترى مال ولده الصغير لنفسه أو باع ماله من ولده.. فإنه يكفي بلفظ واحد.

وقال خواهرزاده: هذا إذا أتى بلفظ يكون أصلاً في ذلك اللفظ بأن باع ماله فقال: بعت هذا من ولدي.. فإنه يكتفى بقوله: بعت.

وَإِن غُصِبَ عقارُهُ يَخْتَارُ وجوب الضمان

أما إذا أتى بلفظ لا يكون هو أصلاً في ذلك اللفظ؛ بأن أراد أن يبيع ماله من ولده، فقال: اشتريت هذا لولدي.. لا يكتفى [٧٧٥/أ] بقوله: «اشتريت»، ويحتاج إلى قوله: «بعت»، وهو في الوجهين يتولى العقد من الجانبين.

ومنها: الوصي إذا باع ماله من اليتيم، أو يشتري مال اليتيم لنفسه وكان خيراً لليتيم.

ومنها: الوصي إذا اشترى مال اليتيم للقاضي بأمر القاضي.

ومنها: العبد يشتري نفسه من مولاه بأمر المولى.

وفي «القنية»: دفع الإمام واحدة من دوره الموقوفة إلى وجهه إلى رجل مجاناً فسكن فيها مدة، وكان القيم سلّم هذه الدار إليه ليستغلها بنفسه.. فعلى الساكن أجر المثل.

وفي «الإسعاف»: وإن كان للوقف متول ومشرف.. لا يتصور في الغلة إلّا المتولي؛ لأن المشرف مأمور بحفظ المال.

وفي «قاضي خان»: لا يجوز للمتولي ولا لغيرهم من أهل المحلة: أن يرهن الوقف لا غير.

(**وإن غصب عقاره**) أي: عقار الوقف (.. **يختار وجوب الضمان**).

وفي «البزازية» و«الفتوى» في غصب دور الوقف وعقاره: على الضمان كما في منافعه، وكذا القيم.

والإمام ظهير الدين: أفتى بأجر المثل في الوقف لا في اليتيم.

ومن المشايخ من قال: إذا كان ضمان النقصان خيراً لليتيم من أجر المثل.. يلزم ذلك على الغاصب، وإلا.. أجر المثل.

وكذا قاله فيمن سكن داراً، أو حانوتاً لهما بعد الإجارة.. يجب خيرهما لليتيم والوقف.

وفي «المحيط»: الوصي، أو المتولي أجر منزل اليتيم أو الوقف بأنقص من أجر مثله بما لا يتغابن فيه الناس على أصل المذهب - لا على الذي اختاره المتأخرون-: يصير المستأجر غاصباً.

وقد ذكرنا من «قاضي خان»: أن الفتوى على الذي اختاره المتأخرون من وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ، وهو قول محمد بن الفضل، وقد ذكرنا التفصيل فيه عن الخصاف، فارجع إليه.

وإذا استأجر الأب منزلاً لابنه الصغير بأقل من أجر المثل.. قال الإمام أبو علي السغدي قال بعض المشايخ: يجب أجر المثل في غصب دار اليتيم والوقف؛ فما ظنك في هذا؟!

قال الإمام الفضلي: والذي صحّ عندي: أنه يصير غاصباً عند من يرى غصب الدار، ولا يصير عند من لا يرى غصبه، ويلزم عليه جميع المسمى على هذا المذهب بكلّ حال.

ومن سكن دار الوقف أو اليتيم بأهله وأتباعه.. فأجرُ المثل على الرجل المتبوع.

رهن داراً لغيره، وهي معدة للاستغلال، فسكنها المرتهن.. لا يلزم الأجر؛ فإن السكنى بتأويل الملك كبيت سكنها أحد الشركاء بلا عقد.. لا يلزم الأجر، وإن كانت معدة للاستغلال. وكذا السكنى بتأويل العقد كعقد الرهن، لكن هذا في المعد للاستغلال لا في [٧٧٥/ب] مال اليتيم، ولا في الوقف.

وفي «البزازية»: والسكنى بتأويل ملك، أو عقد في الوقف.. لا تمنع لزوم أجر المثل.

وقيل: دار اليتيم كالوقف. واختار نجم الأئمة: الأول.

وفيها أيضاً: المتولي رهن الوقف بدين.. لا يصح. وكذا الجماعة.

فإن سكن المرتهن.. قيل: يجب أجر المثل؛ سواء كانت معدة للاستغلال، أو لا؛ نظراً للوقف، ولا تصير الدار معدة للاستغلال بالإجارة سنة، أو سنتين، أو أكثر، إلا إذا بناها لذلك، أو اشتراها لذلك.

ولو شَرط الْوِلَايَة لنَفسِهِ وَكَانَ خائناً تنْزع مِنْهُ وَإِن أَن لَا تنْزع هُوَ الْفَصْل.

(ولو شرط) الواقف **(الولاية لنفسه وكان خائناً)** للوقف (.. **تُنْزَعُ منه)** صيانة للوقف.

(وإن) - وصلية - شرط **(أن لا تُنْزَعَ هُوَ الفَصْل)**.

وقد ذكرنا ما يتعلق به فيما سبق.

رجل طلب التولية في الأوقاف.. لا يعطى له التولية، وهو كمن طلب القضاء؛ فإنه لا يقلّد.

إذا مات المتولي مجهّلا مال الوقف، فهل يضمن أم لا؟

ففي «الفتاوى»: إنّ الناظر في الوقف إذا مات مجهّلاً لمال الوقف.. فإنه يضمن.

ويه صرّح في أمانات «الأشباه» أيضاً.

ومرادهم بمال الوقف: أصل مال الوقف، لا الغلة؛ لما صرّح في وقف «قاضي خان»: متولي المسجد إذا أخذ من غلّات المسجد ومات من غير بيان.. لا يكون ضامناً.

وقال في أمانات «الأشباه»: الناظر إذا مات مجهّلاً غلّات الوقف.. لا يضمن.

فعلم: أنّ المضمون لتجهيل المتولي: أصل مال الوقف، لا غلته.

وقال في «الفتاوى»: إذا عطل المتولي مال الوقف ولم يستربح، وأخذ هو من مال الوقف وظيفة التولية.. يضمن ما أخذه من مال الوقف في مدّة تعطيله، ويرد إلى الوقف.

ولا ضمان عليه بمجرّد تعطيله عن الاسترباح ما لم يأخذ شيئاً من مال الوقف، ولم يضيع شيئاً منه.

سئلت عن مال موقوف كان في ذمة رجل عامله المتولي على الرجل سنة، ثم غاب الرجل سنين من غير معاملة، ثم بعد ذلك حضر ذلك الرجل وطلب منه ربح السنة الّتي لم يعامل فيها، فهل له أخذ الربح لتلك السنين؟

أجبت: أنه لا يأخذه.

وإذا أعطى ذلك الرجل على المتولي دراهم أو دنانير بأن يقول: خذها لربح السنين الماضية بلا دور شرعي، ثم أراد أن يجعلها لأصل دينه للوقف.. أجبت: أنه لا يجعلها لذلك؛ لأنه تبرع للوقف. [٧٧٦/أ]

* * *

الفهرس